دكتـــور
محمد محمد مصباح القاضى
استاذ مساعد القانون الجنائى
كلية الحقوق - جامعة حلوان

مبدأ حسن النية فى قانون العقوبات

" دراسة تحليلية لفكرة حسن النية فى القانون المصرى والقانون المقارن "

النـاشــر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

مقدمـــة

أهمية دراسة مبدأ حسن النية

في الحقيقة أن فكرة حسن النية من أهم الافكار الشائعة في الغالبية العظمـى من النظم القانونية المعاصرة [١] حيث تخصص هذه النظم لها مكانـا هامـا ، ولكن من النادر أن يهتم المشرعون بتحديد معناها تحديدا واضحـا، ومـن ثـم يقـع علـى عاتق الفقه والقضاء في كل دولة مهمة بيان المقصود بها عندمـا يتـم اللجـوء اليهـا في مناسبات متعددة. لذا فان الدور الذي تلعبـه هـذه الفكـرة ليس واحـدا فـي كافـة النظم القانونية . وانما يختلف من نظام قانوني الى آخر ، كمـا توجـد خلافـات مـن حيث الدرجة من قانون دولة الى قانون دولة أخرى، ويختلف استخدام هـذه الفكـرة في فروع القانون الداخلي عنه في القانون الدولي.

ولقد أعد الباحثون وشراح القوانين الوضعيـة دراسـات متعـددة حـول فكـرة حسن النيـة في فروع القانون المختلفة، وعقدت المؤتمرات الدولية لدراسة جوانبهـا المتعددة.[٢]

تناول فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء في كتاباتهم عن المعاملات الشرعيـة

---

(١) راجع في هذا المعنى رسالة الاستاذه (زولى) اليزابيث، حول "حسن النية في القانون الدولـي العـام، مقدمة لجامعة باريس ١٩٧٧م ، راجع ايضا التقرير الذي قدمته صاحبة الرسالة الى مؤتمر جمعيـة " هـنري كبيتـان" اصدقـاء الثقافـة القانونيـة الفرنسـية الـذي انعقـدت بولايـة لويزيانـا بالولايـات المتحـدة الامريكية في الفترة من ١٨ الى ٢٢ مايو ١٩٩٢م.

(٢) ويعبر عن هـذه الفكـرة بالفرنسـية LA BON FOI ، وباللغـة الانجليزيـة بكلمـة THE GOOD FAITH، وتستخدم عبارتين في اللغــة الالمانيـة للدلالـة عليهـا همـا GUTER DAULVE TREA LUND DALUBEN.

ما ينبغي أن يسود هذه المعاملات وأهمها العقود ، من أمانه وثقة وصدق، وبُعد عن الغش والتدليس والكذب.

فالنية شرط لصحة العمل، بل أن العمل مداره على النيه من حيث الثواب والعقاب، ومن حيث الصحة والفساد ومن حيث الخصوص والعموم، ومن حيث الاطلاق والتقييد، وهذا ما دلت عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة.

وبالنسبة لمبدأ حُسن النية في التصرفات القانونية، فان هناك مجموعة من العوامل لها تأثير عليه في جميع انظمة القانون عبر العصور المختلفة.

اولها: عامل الاراده، ويعتبر من العوامل التي لها تأثير على مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية، وذلك أن دور هذا المبدأ في هذه التصرفات يرتبط ارتباطا وثيقا بدور الارادة فيها، فعندما كان دور الارادة في التصرفات القانونية منعدما او ضعيفا ، كان كذلك دور مبدأ حسن النية فيها منعدما او ضعيفا.

فبتقدم دور الارادة في التصرفات القانونية، يتقدم كذلك دور مبدأ حسن النية فيها، ولذلك لم ياخذ هذا المبدأ مكانته في التصرفات القانونية ، في انظمة القانون دفعة واحدة، وانما مر بتدرج تبعا لتقدم دور الارادة وتطوره في هذه الانظمة المختلفة.

ثانيها: ان الارادة وهي تتحرك ، انما يحركها بواعث واغراض متعددة بعضها قريب مباشر، وبعضها بعيد غير مباشر فعلى أي منهما يتم التعويل هل على البواعث المباشرة، ام على غير المباشرة ، ام عليهما معا؟ لا ريب ان الاجابة على هذا التساؤل يختلف باختلاف النزعه السائدة في كل نظام من أنظمة القانون قديما وحديثا، وان ذلك كله له تأثيره على مبدأ حسن النية ودوره في التصرفات عبر العصور المختلفة .

ثالثها: ان دراسة مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية في الفقهين الاسلامـــــي

والوضعي، يقتضي التوفيق بين عاملين [١]:

احدهما: مراعاة جانب العدالة ، الذي يقتضي التعويل على الارادة الباطنة في التصرفات والاعتداء بالبواعث المحركة لها مهما كانت بعيدة وغير مباشرة.

الآخر: مراعاة جانب استقرار التعامل، الذي يقتضي التعويل على الارادة الظاهرة في التصرفات القانونية، وغض الطرف عن البواعث البعيدة وغير المباشرة.

ويتوقع القانون من كل انسان ان يستعمل حقه بُحسن النية لأن صاحب الحق متى ساءت نيته انحرف به عن حكمة تقريره، وهكذا، تبعد عن دائرة الاباحة، ولكن ليس سهلا دائما التأكيد من حالة النية بأنها حسنة او سيئة، وليست هذه الصعوبة ناشئة فقط من كون النية امرا مكنونا في أعماق النفس لا يعرفه مخلوق سوى صاحبها بل لأن العلاقات الخارجية وان توفرت قد لا تكفي لاثبات ما تنطوي عليه النفس، باعتباره هو الحقيقة المطلقة - وازاء ذلك يضطر القانون أن يكتفي بالظاهر عجزا عن أن يصل الى حقيقة السرائر.

والقانون اذ يعترف بالحقوق للناس ويحميها انما يصدر من ذلك عن حكمة وغاية، وان هذه الحكمة هي الاطار الذي ينبغي ان يتحرك في داخله كل حق، ولا يستطيع ان يتجاوزه دون ان ينزلق في دائرة المسئولية.

انه مهما تباينت الفلسفات التي تنتهجها التشريعات المختلفة فقد استقر الامر على ان الحقوق لا يمكن ان تمنح مطلقة بغير قيود تضمن ممارستها في اطـــــار

---

(١) انظر الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ١٩٩٧م، ص ١١.

الغاية من تقريرها حتى ولو لم يسهم القانون نفسه فيرسم قوالب واشكال تنصب فيها تلك الحقوق.[1]

والقانون لا يسعه ان ينهض بهذه المهمة لانها تفوق طاقته، لذا فليس أمامه سوى وضع علامات توجيهية على الطريق.

والنية حالة ذهنية ذاتية مضمرة لا تدركها حواس الغير ولا تعرف الا بمظاهرها الخارجية، مناطها خوالج التفكير ودفائن النفس بنجوة من العلانية وفي جنة من العيون والارصاد ، ولذلك فقد تميزت بالصراحة وصدق التعبير عن المشاعر والمصالح الخاصة دون افتعال او زيف او رياء، ولذلك كانت النية ركنا في العبادات ومناط الحساب عند الله سبحانه وتعالى ، لانه مطلع على السرائر وما تخفي الصدور، ويقول الحق عز وجل: "لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور حليم"[2] ، ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام :" وإنما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى".

بيد ان الحال يختلف بالنسبة للعلاقات الانسانية، فان مناط المعاملات الاجتماعية والتشريعات الوضعية هي المظاهر الخارجية للسلوك الانساني التي لها علاقة او تأثير على الغير، أي على افراد المجتمع ومصالحه الخاصة أو العامة، سواء كانت هذه المظاهر افعالا مادية، كالمعاملات المدنية أو الاعمال الاجرامية، ام كانت اقوالا معلنة وأفكارا لها انطباعات اجتماعية واصداء محسوسة. فان ما يعتمد في اطواء النفس ويعتلج في السرائر الباطنة من نوايا وخوالج فكرية مجردة - وان كانت مرأة صادقة للنزعات الوجدانية والنوازع النفسية والايحاءات العقلية الاصيلة من خيرها وشرها.. الا ان تطبيقها تكون بمنجاة من طائلة القانون التشريعي والعرف الاجتماعي للاعتبارات التالية:

---

(١) انظر الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في مصادر الالتزام ، ص ٩٦٠م.

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٥.

أ - لأنها - بداهة - مجرد معان تخامر الفكر لا سبيل الى الاحاطة بها الا بما يبدو لها من انعكاسات خارجية تحيط عنها الشر، وتحررها من عقال العقل واحتباس الصدر ، وفي هذا الصدد يقرر دستور مصر الدائم في المادة ٦٦ من مبدأ قانونيا هاما في التشريع الجنائي حيث ينص على انه " لا عقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون". وهو يعني بالافعال مطلق الانشطة الانشائية متطورة او مسموعة أو محسوسة.[1]

كما تنص المادة ٢/٤٥ من قانون العقوبات على أنه: " لا يعتبر شروعا في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها والاعمال التحضيرية لذلك".

ب - تعتبر حرية الفكر وما يساور الخلد من نوايا وآراء من أخص معاني الحرية الشخصية التي كفلتها الدساتير قاطبة، فنصت المادة ٤٠ من الدستور المصري على أن "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس " كما قضت المادة ٤٧ منه على أن " حرية الرأي مكفولة " فنوايا الانسان وافكاره ملك له وخاصة به، لا يجوز لاحد ان يطلع عليها سواء بحمله على الامضاء بها كرها أو بمحاولة استراقها من مستودع سرها دون اذن منه، ولذلك فلا محل لمحاسبته عليها ايا كان شأنها ومهما كان خطرها ، حتى ولو افضى بها صاحبها في صورة اسرار مقولة او مسطورة، ما دامت لم تبدأ - طواعية - باحدى طرق العلانية التي حددتها المادة ١٧١ من قانون العقوبات وقد عنى المشرع بتحصين النوايا الباطنه من الافتئات عليها والاكراه على الادلاء بها وافشائها، فنصت المادة ٢/٤٢ من الدستور المصري على أن: " كل قول ثبت انه صدر من مواطن تحت وطأة شيء مما تقدم (يقصد القبض او الحبس او

---

(١) انظر عبد السميع سالم الهراوي، النية وأثرها في التجريم والعقاب ، المجلة العربية لعلوم الشرطة (الامن العام) العدد الواحد والثمانون السنة الواحد والعشرون ابريل سنة ١٩٧٨م.

الحجز أو الايذاء البدني أو المعنوي) او التهديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه. [١]

كما نص قانون العقوبات في مواضع مختلفة منه على عقاب كل محاولة لاستراق الاسرار الخاصة او الاكراه على انتزاع اعتراف من متهم - أي الافصاح عن كوامن نواياه ودخائل نفسه . ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٢٦ عقوبات بأن" كل موظف او مستخدم عمومي امر بتعذيب متهم او فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالاشغال الشاقة او السجن من ثلاث سنوات الى عشر واذا مات المتهم يحكم بالعقوبة المقررة للموت عمدا".

ج – ان الاخذ بالنوايا المجردة فيه اجحاف وتعسف بذويها ما دامت في حالتها المعنوية حبيسة الصدر لم تخرج الى حيز الفعل بانفعالات اجتماعية مؤثرة.

ففي المواد الجنائية مثلا، لو ان النية ترجمت في سطور مقروءة ، او صيغت اقوالا مسموعة ، او جسدت رموزا واشكالا منظورة ، فانه يتحتم لها توافر ظرف العلانية بادىء ذي بدء، ثم التأثير المادي او المعنوي في المجتمع حتى تجوز المساءلة عما يشوبها من انحرافات اجتماعية او مخالفات قانونية، فنية القتل مهما كانت واضحة جلية، ومهما اقر بها صاحبها ، لا تغني عن ضرورة فعل القتل او على الاقل الشروع فيه [٢] فقد تكون النية مجرد وسوسة غير محكمة ولا مستقرة ما دامت في حيز الفكر، ولم تخرج الى حيز النشاط المادي، كما أنها تكون عرضة للتعديل ما دامت في حوزة صاحبها ويملك زمامها، وقد تظل – رغم انعقادها – مجرد أوهام مستحيلة وخيالات عقيمة، وهواجس أوحت بها ثورة

---

(١) انظر عبد السميع سالم الهراوي ، النية وأثرها في التجريم والعقاب، المجلة العربية لعلوم الشرطة، المرجع السابق ص ٦٠.

(٢) انظر الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ،١٩٨٦م ، ص ١٤.

الانفعال مع فرط العجز والقصور، او محض أحلام يقظة تراود نفسه وتطوف بخاطره عبثا، كما أنه ليس في استطاعته تنفيذها ولا تسعفه القدرة المتاحة لانجاز ما عقد النية عليه عن بر وخير او اثم وعدوان.

ومما يلحق بالهواجس واحلام اليقظة ما يعرف بالجريمة الوهمية التي لا تتجاوز في تشكيلها دور النوايا الباطنة والتصورات الوهمية، وذلك حيث يتخذ الجاني من الوسائل البينة السذاجة لتحقيق نواياها العدوانية كالاستعانة بالسحر والشعوذة. (١)

(١) انظر الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاحوال، المرجع السابق، ص ١٩.

خطة الدراسـة

نتناول مبدأ حسن النية في قانون العقوبات في ثلاثة أبواب يسبقهم مبحث تمهيدي على النحو التالي:

مبحث تمهيدي
الأصول التاريخية لمبدأ حسن النية

تمهيد وتقسيم:

عند النظر الى مبدأ حسن النية في التصرفات نجده مبدأ ضاربا بجذوره في أعماق التاريخ القانوني. فقد وجد في القانون الروماني لكنه مقصورا على عقود معينة بسبب الشكلية التي كان يتسم بها هذا القانون ، وكانت القوانين الحديثة على خلاف القانون الروماني حيث أصبحت العقود جميعها تقوم على حسن النية.

ونبين فيما يلي حسن النية في كل من القانون الروماني، والقانون الكنسي والقوانين المعاصرة.

أولا: مبدأ حسن النية في القانون الروماني:

عرف القانون الروماني فكرة حسن النية BONA FIDES وتعد من قواعده الاساسية، وتعنى الاخلاص والامانة في النوايا، كما أنها بمثابة مبدأ ينبغي أن يتوفر في تصرفات الناس حتى تستقر المعاملات وتسود الثقة.

لقد تطور الفكر القانوني الروماني فلم يعد يسمح لأحد الاطراف في العقد ان يغش الطرف الاخر، او يمارس عليه ضغوطا لحمله على التعاقد، وأصبح من ثم للاخلاق والعدالة دور في النصوص القانونية، وأصبح للارادة أهمية في الحياة التعاقدية فبعد أن كانت العبرة في العقود للالفاظ اصبحت العبرة فيها للمقاصد والمعاني، فظهرت عقود حسن النية وهي العقود الاضافية [١] من مبيع وايجار وشراكة ووكالة، وقد اتسمت هذه العقود بالخصائص التالية:

---

(١) انظر الدكتور عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني ، رسالة دكتوراه ١٩٨٤م، القاهرة، ص٧٨، الدكتور حلمي بهجت بدوي اصول الالتزامات، الكتاب الاول، نظرية العقد. ص ٣٨٦، الدكتور محمد الشقنقيري، تاريخ النظم الاجتماعية ص ٣٨٠.

١ - أن هذه العقود تنعقد بمجرد اتفاق ارادة طرفيها دون حاجة الى اتباع اجراءات خاصة.

٢ - أن هذه العقود ملزمة لاطرافها، وينشأ الالزام فيها من ارادة المتعاقدين لا من شكلها.

٣ - عند تفسير هذه العقود لا يلتزم القاضي بالفاظها وعباراتها وانما له أن يتجاوز هذه العبارات بحثا عن نية المتعاقدين مستعينا بقواعد حسن النية وله في ذلك سلطة واسعة ، حيث يتحرى بكل دقة نية المتعاقدين المشتركة دون الوقوف عند الفاظ العقد وحروفه. (١)

ويتضح مما سبق أن القانون الروماني عرف مبدأ حسن النية (٢) في عصوره الاخيرة، وذلك عندما أعطى للارادة دور في التصرفات القانونية، وان كان محدودا حيث لم تفارقه الشكلية في كل عصوره المختلفة.

ثانيا: مبدأ حسن النية في القانون الكنسي:

يقصد بالقانوني الكنسي، القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الغربية في أوربا في العصور الوسطى، بعد أن صارت الكنيسة قوة عالمية تجاوزت حدودها كافة الحدود السياسية، وتمتعت بكل ما للدولة من مقومات تشريعية وتنفيذية وقضائية، وكان لهذه الكنيسة رئيسها الاعلى هو البابا، واراضيها الواسعة المقسمة الى اقاليم ومناطق بحيث يكون في كل اقليم كنيسة وقانون خاص برعاياها هو القانون الكنسي، وكان للكنيسة سلطات قضائية واسعة، وكان المحاكم الكنسية

---

(١) انظر الدكتور حسن الغزاوي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه ١٩٧٩م ، ص ١١، الدكتور علي بدوي، مبادىء القانون الروماني ، ص ١٧٧.

(٢) انظر الدكتور عبد الهادي العطافي ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد ص ٨٤ سنة ١٩٨٣م.

تصدر احكامها في القضايا التي تعرض عليها في مسائل الاحوال الشخصية وكافة المسائل المدنية الاخرى، وكانت المحاكم البابوية بمثابة محكمة استئناف عليا تستأنف امامها القضايا في مختلف بلدان غرب اوروبا وقد بدأ القانون الكنسي تأثيره في مجال العقود ، منذ بداية القرن السادس عشر في فرنسا، فقد كان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين حيث يربطون بين الاعمال والنيات ويعتقدون بصدروها عن قواعد العقائد التي تحكم ما في الصدور، وتتطلب من المؤمن ان تكون نواياه متفقة مع مقاصد الشرع ، ومن ثم كان لهذا التفكير أثره في القانون بصفة عامة، وعلى فكرة الارادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة ذلك أن الفقه الكنسي هو أول من تخلص من تأثير القانون الروماني الذي ظل لعدة قرون طويلة بعد الميلاد هو المصدر الاصيل للثقافة القانونية في العالم الغربي وقد أصبح القانون بمثابة مرحلة جديدة من مراحل الرضائية، حيث ازدهرت في ظلة، الا انها كانت رضائية قائمة على أساس من الدين والاخلاق، اذ اعتبر القانون الكنسي اخلال الفرد بتعهده الذي قطعه على نفسه اخلالا بالتزام ديني، لكن يرجع اساس التزام الفرد بتعهده الى قيامه اثناء تعهده بحلف قسم، اذ لم يكن التعهد المجرد كافيا لترتيب آثار قانونية الا اذا اقترن بقسم على الكتاب المقدس – ومن هذه الزاوية تبين لنا ان اهتمام القانون الكنسي بالارادة لم يكن اهتماما خالصا فما زال عنصر الشكل يمثل أهميته في العقود.

وبظهور مبدأ سلطان الارداة في التعاقد أصبح له مكانته وقدسيته وكذلك اطلق القانون الكنسي الحرية للارادة في التصرفات ، وربطها من ناحية اخرى بالغرض الذي ترمي اليه اذ اشترط أن يكون هذا الغرض مشروعا، ومن ثم فان القانون الكنسي قد ساهم بشكل ملحوظ في ابعاد الشكلية عن العقود وجعل للاخلاق دورا هاما فيها. (١)

---

(١) انظر الدكتور عبد الرحمن مصطفى عثمان ، نظرية السبب في القانون المدني، المرجع السابق ، ص ١٦٣.

وأهم المبادىء التي تضمنها القانون الكنسي هي وجوب الوفاء بالتعهدات ، وان يكون هناك تعادل في الالتزامات الناشئة من ذمة المتعاقدين ، فضلا عن ذلك يتعين ان يكون الباعث على التصرفات مشروعا، فلا يجوز أن تتجه ارادة الاطراف الى تحقيق غير مشروعة.

والواقع أن هذه المبادىء التي تضمنها القانون الكنسي تعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها.

ثالثا: مبدأ حسن النية في القانون المقارن:

١ - مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي:

أ - القانون الفرنسي القديم:

لقد كان القانون الفرنسي متأثرا بدرجة كبيرة بالقانون الروماني المقارن ، فقد كان رجال الفقه الفرنسي القدامى ينظرون الى القانون الروماني نظرة اجلال وتقديس، ومن ثم كان طبيعيا ان يظل القانون الفرنسي متمسكا بالقاعدة الرومانية القديمة التي تقرر " أن الاتفاقات لا ترتب التزامات " هذه القاعدة التي حالت دون تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود والتصرفات ذلك أن هذه الفكرة لا يمكن ان تجد مكانها في ظل نظام يحد من دور الارادة في التصرفات القانونية ، وانما تزدهر وتبرز في ظل الانظمة التي تفسح المجال للارادة في التصرفات القانونية. (١)

ولكن لم يبعد القانون الفرنسي على هذا الحال ، وانما بدأ ينظر الى الاشياء نظرة اكثر عدلا واشد انصافا مع بداية القرن السابع عشر، حيث أصبح يرتب اثارا قانونية ملزمة ، هذه القاعدة التي تأكدت عند الفقه الكنسي الذي كان له الدور الهام والبارز في ارساء فكرة البواعث والنيات في التصرفات القانونية على اسس اخلاقية من اجل محاربة التصرفات القائمة على الغش والتي تهدف الى غايات ومقاصد غير مشروعة.

---

(1) V. Capiton, Dela Cause de obligation 1972, P. 57 et, Mazeaced (H) Lecans de droit civil francais (1952) P. 289.

وانظر ايضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط مصادر الالتزام ص ٤٢٥ ، والدكتور عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب في القانون المدني ،المرجع السابق ص ٦١.

ويمكننا القول ان فكرة المقاصد والنيات في التصرفات لم تجد سبيلها في القانون الفرنسي في الفترة السابقة على القرن الحادي عشر، وحتى منتصف هذا القرن ، وان كانت للبواعث دور محدود في هذا القانون بسبب تأثره بالقانون الروماني.

وقد أصبح لفكرة الباعث دور في القانون الفرنسي القديم منذ بداية القرن الثاني عشر، مما انعكس اثره في دور حسن النية في التصرفات القانونية.

ب - **القانون الفرنسي الحديث:**

حدث تطور في الفكر القانوني الفرنسي بفضل فكرة العدالة وقواعد الاخلاق والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي فأدى ذلك الى بروز دور الارادة في التصرفات القانونية ، الامر الذي ادى بدوره الى تقدم دور البواعث والنيات في التصرفات القانونية ، لا سيما في ظل النظريات الحديثة في السبب، حيث تبنى القضاء في فرنسا هذه النظرية والتي تذهب الى جعل السبب في هذا العقد هو الباعث والدافع الى التعاقد. بخلاف النظرية التقليديه مع التي تضيق من فكرة السبب وقد انساق معظم الفقه الفرنسي وراء القضاء في ذلك هاجرا النظرية التقليدية بسبب ضيقها ولاقتصارها على سبب الالتزام دون سبب العقد ولذلك فان مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية قد أخذ مكانه في ظل النظرية الحديثة التي تبناها القضاء الذي كان له الفضل الاول في تحويل اتجاه الفقه الى التعويل على البواعث والنيات التي وراء التصرفات مهما كانت بعيدة وغير مباشرة، باعتبار ان لها تأثير كبير على الارادة التعاقدية.

٢ - مبدأ حسن النية في القانون المدني المصري:

تقضي المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على أنه " اذا لم يكن للالتزام سبب، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الآداب، كان باطلا، ويثور

التساؤل عن المقصود بالسبب في هذه المادة ، هل هو الباعث الدافع الى التعاقد الذي نادت به النظرية الحديثه للسبب في القضاء والفقه الفرنسي، ام يقصد به السبب المباشر الذي نادت به النظرية التقليدية في السبب في الفقه والقضاء الفرنسي". (١)

الواقع ان نص المادة ١٣٦ لم يقطع بأن السبب هو الباعث الدافع الى التعاقد حيث ذهب جانب من الفقه المصري الى أن المقصود بالسبب في نص هذه المادة هو الباعث الدافع ، وان القانون المدني المصري يعتنق من غير شك النظرية الحديثة . وهذا ما صرحت به المذكرة الايضاحية للقانون المدني حيث قالت " لم ينهج المشرع نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية، وانتصر معها لهذه النظرية وذهب آخرون الى ان القانون المصري قد مزج بين النظرية القديمة والحديثة ، حيث لم يهجر بالمرة النظرة التقليدية ، وأيا ما كان الحال فان القانون المدني المصري ياخذ بفكرة الباعث الدافع الى التعاقد ، ويعني هذا ان مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية يجد مجاله في التشريعات التي تعطى للبواعث والنيات في التصرفات القانونية دورا. وقد أكد ذلك القضاء المصري اذ ما قضى ببطلان الاتفاقات التي يكون الباعث عليها غير مشروع. (٢)

---

(١) V. Ripert, la ragle moral dans les abligations P. 607 et josser and, les mobiles dans les actes juridiques du droit prive 1928, P. 39.
وانظر ايضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص ٤٥٦ ، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، ١٩٨٤ ، ص ٩٨٩.

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ١٢٠.

٣- مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي:

يختلف القانون الانجليزي عن التشريعات اللاتينية . ذلك أنه يقوم على أحكام القضاء . فهو يعتبر قانونا قضائيا يقوم على السوابق القضائية فالمحكمة الاولى تتقيد بأحكام المحكمة الاولى. كما ان المحكمة العليا تتقيد بما سبق ان اصدرته من احكام.

وقد تميز قانون العمل القضائي الصادر عام ١٨٧٣م بظهور فكرة الاعتبار بدلا من فكرة السبب في التشريعات اللاتينية والسؤال المطروح ، هل عرف هذا القانون مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية؟ (١)

في الواقع ان فكرة الاعتبار التي يتميز بها القانون الانجليزي تعتبر فكرة ذات مظهر مادي بصفة أساسية. وهذا يعني عدم الاعتداد بالمقاصد والنيات الدافعة الى التصرفات على أساس انها امور خارجة عن التصرف، يبحث عنها في الإرادة فقط ، بينما تتطلب فكرة الاعتبار في العقد البحث عن مضمون التصرف القانوني ذاته، وليس للقاضي أن يبحث في نوايا المتعاقدين للكشف عن مدى اتفاق التصرف مع ما تستوجبه اعتبارات النظام العام والآداب.

وعلى الرغم من موقف القانون الانجليزي من مبدأ حسن النية، الا ان القضاء الانجليزي كان في غاية المرونة فيما يتعلق بالاتفاقات غير المشروعة، او غير الاخلاقية، اذ قضى ببطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب ، استنادا الى عدم مشروعية المحل في بعض الاحكام. فقضى ببطلان الاتفاق على اقامة علاقة غير مشروعة مع امرأة ، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا كما قضى ببطلان الاتفاق الذي يستهدف في جذب امرأة الى تجارة غير مشروعة، كما قضى ببطلان الاتفاق الذي يكون الغرض منه تيسير الوصول الى اغراض غير مشروعة، كأن

---

(١) انظر الدكتور عبد الهادي العطاف، مصار الالتزام ، نظرية العقد المرجع السابق ص ٨٤.

يكون الغرض منه الاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل مبلـغ مـن النقـود كمـا قضـى ببطـلان الاتفاق الذي يكون الهدف منه اطالة مدة التقاضي ، وايضا قضـى ببطـلان عقود الوساطة في الزواج ، ويتضح من ذلك أن القضـاء الانجليزي قد نهـج ذات نهـج التشـريعات اللاتينيـة فيمـا يتعلـق بفكـرة المقـاصد والنيـات ، فـي التصرفـات القانونية، وهذا يؤكد اقراره مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية. [1]

(١) انظر الدكتور عبد الحليم عبداللطيف القرني ، مبدأ حسن النية واثره في التصرفات، المرجع السابق ص ٣١.

الباب الأول
ماهية مبدأ حسن النية

تمهيد وتقسيـم:

لقد تعرضت التشريعات المختلفة لمبدأ حسن النية في مواضع كثيرة منتشرة بين نصوص القوانين المدنية والتجارية وقوانين العقوبات ، كما كان يعتبر حُسن النية مبدأ عاما يؤخذ به في احكام القضاء باعتبار أن العدالة توجبه وأن الضمير يوحى به في مجريات التعامل.

ويعتبر مبدأ حُسن النية من العوامل الجوهرية في النظام القانوني، وفي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ، فبغير اعماله ومراعاة مقتضياته لا يكون هناك الا الاختلاف والمنازعات.

والسؤال المطروح . ما هو مدلول مبدأ حسن النية.

الاجابة على هذا التساؤل يقتضي تقسيم هذا الباب الى ثلاثة فصول نتناول في الأول مدول مبدأ حسن النية في القانون المدني ونبحث في الثاني مدلول مبدأ حسن النية في قانون العقوبات ، ونبين في الثالث مدلول مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

مفهوم مبدأ حُسن النية في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

لقد حاول الكثير من الكتّاب والباحثين توضيح فكرة حُسن النية وتنظيم منهجها واعطاءها معنى واحد، ولكن هذه المحاولات لم تفلح ، نظرا لأنها فكرة معقدة ومطاطه، حيث تلعب النية والارادة دور كبير في تحديد مضمونها، من ناحية، كما ان بعض النظم القانونية التي تعرفها لا تجعل لها إلا مكانا احتياطيا في النظام القانوني من ناحية ثانية، يضاف الى ذلك أن النية في جوهرها فكرة اخلاقية ودينية واجتماعية تُترك للارادة ، ويصعب في بعض الأحيان ترتيب آثار قانونية عليها. ولهذا نجد أن معنى حسن النية لدى الفقهاء والقضاء في مختلف الدول يدور حول مفهومين : الاول: يركز على الجانب الشخصي او الذاتي لفكرة حسن النية ، والثاني يستند الى معيار موضوعي لهذه الفكرة. [١] يضاف الى هذين المفهومين مفهوم آخر هو المفهوم اللغوي.

---

(١) راجع حول مفهوم حُسن النية الشخصي والموضوعي المادتين (٣،٢) من القانون المدني السويسري ، مشار اليه في التقرير المقدم من الاستاذ Pierre Van Ommes la الى مؤتمر جمعية (Henerei Captian) ص ٢٧ طبعة ١٩٩٤م.

المبحث الاول
المفهوم اللغوي لمبدأ حُسن النية

ان تحديد مفهوم مبدأ حسن النية تحديدا دقيقا يتطلب أن نحدد معنى مكوناته، أي نوضح معنى النية، ثم معنى (الحُسن والسوء) حتى نصل الى معنى النية الحسنة والنية السيئة.

أولا: تعريف النية:

والنية طبقا لمعناها اللغوي هي القصد وعزم القلب على شيء معين [١] فهي قرار– داخلي يتخذه الشخص في مواجهة امر ما، متأثرا بكل ما يحيط به من عوامل داخلية وخارجية كالرغبات والشهوات والعواطف والضعف والمرض.

فالنية هي ارادة [٢] ، ولكنها ارادة باطنة داخلية، بمعنى ان صاحبها لم يعبر عنها بقصد انتاج اثر قانوني معين، والا تحولت الى تصرف قانوني منشىء لحقوق والتزامات ويمكن أن يستدل على وجود النية بطريق غير مباشر، وذلك عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص، وتظهر أهمية النية عندما يقرر القانون تحديد وصف آثار تصرف معين على ضوء حسن النية او سوء نية صاحبه،ومن ثم فان النية التي تظل كامنة ومستترة في نفس صاحبها دون علامات خارجية أو دون ان تلابس تصرفا معينا، لا يُعنى القانون بها ولا يترتب عليها أي اثر. [٣]

---

(١) انظر المصباح المنير في غريب الشراح للرافعي، تأليف العلامة احمد بن محمد بن علي المقري، الفيومي، الجزء الأول، توزيع دار الباز– مكة المكرمة.

(٢) والنية: مصدر نوى الشيء ينويه نية ونواه، واصلها نويه بكسر النون وسكون الواو ووزنها فعله.

(٣) انظر الدكتور نعمان جمعه ، اركان الظاهر كمصدر للحق المتنازع بين القانون والواقع المستقر، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية ، القاهرة سنة ١٩٧٧ ص ١٣٤.

ثانيا: تعريف الحُسن والسوء:

الحُسن لغة: من حسن الشيء تحسينا، زينة وجمله، ويقال حسن الشيء حُسنا، وأحسن اليه وبه، والحسنة ضد السيئة، والمحاسن ضد المساوىء، والحسن ضد السوء ، ويجمع الحسن على محاسن. (١)

فاذا كان الحسن كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود ، فالسوء كلمة تدل على كل ما هو قبيح ومذموم.

والحُسن والسوء لدى شراح القانون هما احكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع ما، والتي تتبع من القواعد والنواميس التي تسود هذا المجتمع، والحُسن والسوء بهذا المعنى يمكن تقريبهما الى فكرتي الخير والشر، ولكن هاتين الفكرتين عبارة عن معان غير محددة لا يمكن الاهتداء بها لتحديد معنى حُسن النية وسُوئها.

لذا يضع شراح القانون محددات اخرى لها مثل الامانة والاخلاص والاستقامة والعدالة وعدم الجور والبعد عن الغش.

وترتيبا على ذلك يكون الشخص حسن النية اذا كان قد اختار الطريق الذي تفرضه الامانه والاخلاص والاستقامة وأداء الواجب على أفضل صوره، وعلى العكس يكون الشخص سيء النية اذا كان يقصد الخيانة والجور على حقوق الغير وقصد الاضرار به.

يرتكز حسن النية وسؤها على قواعد الاخلاق اكثر من ارتكازه على قواعد القانون ، أي يستند على قواعد معنوية ، ولا يستند على قواعد مادية.

ولما كان قواعد الاخلاق هي قواعد مثالية لا ترتب آثارا قانونية، فان بعض الفقهاء قد ذهب الى اعطاء حسن النية معنا قانونيا، حتى ولو كان مخالفا لمعناه

---

(١) مختار الصحيح ، طبعة دار الحديث، ص ١٣٦.

الاخلاقي، فعرفوا حسن النية بانه قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون. لذا يميزون في ذلك بين قصد الالتزام وبين الالتزام في ذاته، فقد يقصد الشخص احترام القانون ، ومع ذلك تقع منه المخالفة ، اما لعدم ادراكه لكل حقائق الموضوع، واما لجهله باحكام القانون واما لانه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات، فقصد الالتزام شيء مستقل تماما عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام.

وقد اخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار لحُسن النية في حكمها الصادر في ١٣ ، سنة ١٩٥٤م ، اذا قضت بأن " الغير سيء النية في معنى المادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م هو الذي يعلم بأن البائع له غير مالك او ان سند ملكيته مشوب بعيب يبطله.. او بما يوجب فسخه ، اما من يتعامل مع بائع له لم يثبت انه سبق ان تصرف في البيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة، لانه يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبه ، ولو كان يعلم وقت تعاقده معه انه سبق ان باع العقار لمشتر سابق لم يسجل عقد". (١)

ويبدو من هذا الحكم ان محكمة النقض لم تعتد بالتواطء ، ولم تعتبره سببا موجبا لافساد العقد المسجل ، كما اعتبرت المشتري الثاني حسن النية حتى ولو كان يعلم ان البائع له او مورثه قد سبق ان تصرف في المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، بل اعتدت محكمة النقض بالعقد المسجل ، حتى ولو كان هناك تواطؤ بين المشتري الثاني الذي سجل عقد وبين البائع له. (٢)

---

(١) راجع نقض مدني في ١٣ مايو سنة ١٩٥٤م ، مجموعة أحكام النقض برقم ١٢٨ ص ٨٥٦ سنة ٢١ قضائية ، راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٨٧م ، وتعليق الاستاذ " روبير" عليه في مجلة Dallaz سنة ١٩٨٨م.

(٢) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

الخلاصة اذا كان حسن النية بـالمعنى القـانوني هـو قصـد الالـتزام بـالحدود التـي يفرضهـا القـانون ، وأن سـوء النيـة هـو قصـد عـدم الالـتزام بـالحدود التـي يفرضها، أي هو قصد مخالفة الاحكام القانونية والخروج عليها ، فان هذا المعنـى القـانوني يخـالف كثير المعنـى الاخلاقـي لحُسن النيـة ، كمـا لا يتفـق مـع قواعـد العدالـة.

المبحث الثاني

المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية

LA CONCEPTION SUBJECTIVE

يأخذ فريق من الفقه والقضاء الفرنسي بالمفهوم الشخصي او الذاتي لمبدأ حسن النية . هذا ما يتضح من أحد الأحكم القضائية الحديثة الصادرة من محكمة استئناف فرساي بفرنسا، الصادر عن الدائرة الاولى في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٩م في قضية "جوميه" ضد " رويل مالمازون" حول اكتساب الشخصي الذي بنى في ملك الغير بحسن نية ملكية الارض طبقا لما تقرره المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي حيث أن هذا الحكم حكمت به محكمة " نانتير" الابتدائية الصادر عن الدائرة الأولى في أول يونيو ١٩٨٨م ، اذا قضت المحكمة أن حسن نية مشيد البناء يتطلب – كما هو معروف تقليديا – أنه يجهل وقت التشييد أن الأرض يمتلكها الغير، وهو ما يتفق بصفة عامة مع الحالة التي يجهل فيها المشتري عيوب سند الملكية. (١)

وتأخذ محكمة النقض الفرنسية بمفهوم واسع لفكرة حُسن النية مفضلة الجانب الشخصي ، حيث تستعمل عبارات تدل عليه مثل" الجهل المغتفر" L"ignorance execusable" والاعتقاد الخاطر ، la croyance erronnce في حكمها الصادر في ١٦ فبراير عام ١٨٦١ في قضية " ليزاردي" L'affaire Lizardi الشهيرة التي استخدمت فيها المحكمة لأول مرة تعبير "حسن النية" La Bonne Foi فذكرت أنه يكفي لصحة العقد ان يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد بدون خفة sans leg'erete' وبغير رعونة et sans imprudence وبحسن نية et avec foi واضافت

---

(١) راجع حول هذا الحكم :
J. Marty et. Raymoud. traite de droit civil les Biens 2e ed, 132, H.L. ElJ, Mazeaude et f. Chobas, " Lesons de dtroit civil, 111. 2e vol, No. 1977, Rev. dr. immob. Paris, 1990, P. 69.

قولها: " ما يعني انهم قد تصرفوا بكامل حسن نيتهم [١] " ils ont agi avec une entier bonne foi" وقد أخذ فريق من الفقه المصري بالمفهوم الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية، ففي مجال كسب الحقوق عرفه بعضه بأنه " التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الاضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية. [٢]

وفي مجال العقود ، عرف البعض الآخر مبدأ حسن النية بأنه " الاستقامة والنزاهة، ومراعاة ما يجب ان يكون من اخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد.

كما يصور بعضهم مبدأ حسن النية في عبارات اخرى بقوله: " انه تصوير لتلك الفوايا الخالية من الصرامة والعنف" والحقيقة أن هذه العبارات البراقه يعيبها أنها تتسم بعدم التحديد وعدم الوضوح، كما أنها تشير الى الآثار التي تترتب على حسن النية او الغاية المقصودة فيه دون تحديد لماهية مبدأ حسن النية ذاته. [٣] ولهذا فقد اتجه فريق من الفقه الذي يأخذ بالمفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية الى تعريفه بأنه " الاعتقاد المخالف للحقيقة، أي اعتقاد الخلف بأنه يتلقى الحق مـــ

---

(١) Civ. 30, du Mai 1983, Bull. Civ. 111, No. 102, P. 81, Rev. dr. immal, 1984, P. 31. civ. 3e 8 Oct. 1974, 11, 431, Note R. Fabre J. 1975, 11, Rev. Sirey. 1861, P.3.5 Dalloz. 1861, Nz, P 193.CP

(٢) انظر الدكتور حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، الطبعة الاولى، مطبعة مصر ١٩٦٠م ، ص ٧٦ بند ١٣٤.

(٣) انظر الدكتور حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى، ١٩٤٩م ص ١١٥.

(٤) انظر الدكتور الهادي السيد عرفه ، حسن النية في العقود" دراسة مقارنة لمفهوم حسن النية وتطبيقاته في الشريعة الاسلامية والقانون المدني ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، اكتوبر ١٩٨٦م.

(٥) انظر الدكتور محمود جمال الدين ذكي، حسن النية وكسب الحقوق في القانون الخاص، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٨ بند ٤.

صاحبه الفعلي وبالتالي فان سوء النية هو عبارة عن الغش وسوء القصد، اذ هو يطابق الخطأ وفقا لقواعد الاخلاق، والذي ينحصر في تعمد وقصد الاضرار بالغير .

وطبقا لهذا الرأي فان حسن النية يفترض أن هناك غلطا قد وقع فيه الغير، وهو أمر ذاتي ونفسي، وهو مفترض لانه يتعلق بواقعه سلبية يقع عبء اثباتها على من يدعى خلافها.

ويبدو لنا أن هذا الرأي غير سديد، لانه يركز على الجانب الشخصي في حسن النية وحده ، ويجعل ترتيب الآثار القانونية على الافعال والتصرفات القانونية مرتكزا على ارادة الشخص الذي يدعى حسن نيته وحده، كما أنه يقصر هذا التعريف على جانب من جوانب المعاملات دون الجوانب الاخرى.

ونرى أن الاخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حسن النية يجعلها تتصف بعدم الثبات لارتباطها بنية المخاطب بها.

ومبدأ حسن النية وفقا للمفهوم الشخصي او الذاتي يقوم في الجهل بعيوب تجعل من التصرف سببا غير كاف لترتيب نتائجه القانونية. ونلحظ هذا المعنى ايضا في نص المادة ٩٦٥ من القانون المدني المصري اذ تقول: " يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل ان يعتدى به على حق الغير الا اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيما. وهذه الفكرة ملحوظة ايضا في القانون الروماني بالنسبة لحائز الثمار حسن النية [(١)] وفي هذا السياق نشير الى ما تنص عليه المادة ٩٧٨ من القانون المدني الجديد من انه: " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية".

ومعنى هذا انه اذا لزم الحائز حسن النية برد الشيء الى مالكه، فان ما يلتزم برده هذا الشيء ذاته ، واما الثمار فلا يلزم بردها ولا بالتعويض عن قيمتها،

---

(١) انظر الدكتور - محمود جمال الدين زكي ، رسالة دكتوراه في حسن النية، باللغة الفرنسية ، المرجع السابق ، ص ٦٧.

وان حكم القانون في هذا معناه العدالة ، ورعاية مصلحة الحائز وترجيحها لحسن نيته على مصلحة المالك. [١]

والاصل ان يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدي اليه ، وهذا تطبيق للقواعد العامة في الاثراء، ولكن فيما يتعلق بثمرات الشيء الذي سلم، فان المادة ١٨٥ من القانون المدني الجديد تفرق بين ما اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، وعندئذ لا يلزم برد الثمرات والفوائد الا من وقت رفع الدعوى، وبين ما اذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية، ففي هذه الحالة يلزم برد الفوائد او الارباح التي حصل عليها او كان في وسعه الحصول عليها من الشيء، من وقت القبض او من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية.

وجدير بالاشارة ما تقضي به المادة ٩٢٥ من القانون المدني الجديد بخصوص من يقيم منشآت في أرض مملوكة وهو يعتقد بحسن نية ان له الحق في اقامتها، فلا يكون لصاحب الارض أن يطلب الازالة ، وانما يخير بين أن يدفع قيمة المواد واجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت . هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ما لم يترتب على ذلك ضرر جسيم فلصاحب الارض ان يطلب تمليكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

وكذلك فيما تبينه المادة ٣٣٣ من القانون المدني الجديد عن حكم الوفاء لغير الدائن او نائبه، فانها تنص على أنه اذا اوفى المدين للغير، فان ذمة هذا المدين تبرأ اذا كان حسن النية بان اعتقد انه دائنه الحقيقي متى كان ذلك الغير حائزا للدين .

والواقع تكاد تخلو كافة التشريعات من تعريف مباشر لحسن النية، وان كانت تعتبره بمثابة قاعدة ضرورية في العلاقات القانونية كلها ومفترضة بداهة في

(١) انظر الدكتور حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، المرجع السابق ص ٧٦.

جميع الاحوال . اما الصياغة التي افرغ فيها معنى حسن النية في كثير من التشريعات فتوحي بأن حسن النية يعني الغلط او الجهل بحقيقة وضع قانوني معين، وهذا هو ما يفهم من المادة ٥٥٠ من القانون المدني الفرنسي، حيث تقضي بأن يكون الحائز حسن النية عندما يحوز كمالك بفضل السبب الناقل للملكية، والذي يجهل عيوبه ، ولكنه لم يعد حسن النية منذ اللحظة التي يعلم فيها بهذه العيوب". [١]

فحسن النية في هذه الحالة يقوم في الجهل بعيوب تجعل من التصرف سببا غير كاف لترتيب نتائجه القانونية، ويؤكد هذا المعنى المادة ٩٦٥ من القانون المدني المصري فنصت على أنه "يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل انه يعتدى على حق الغير. الا اذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم - وقد وردت هذه الفكرة ايضا في القانون الروماني بالنسبة لحائز الثمار حسن النية". [٢]

والواقع ليست فكرتا الجهل والغلط وحدهما هما اللتان تطلان من سياق التشريعات، وانما هناك فكرة أخرى غيرهما كالغش ونية الاساءة والاضرار بحقوق الغير: فالقانون الالماني مثلا ينص في المادة ٢٢٦ منه على أنه لا يباح استعمال الحق ان لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير . وينص القانون السويسري في المادة الثانية منه على وجوب استعمال الانسان لحقوقه وتنفيذه التزاماته طبقا لمقتضى حسن النية، وأن الاساءة الظاهرة في استعمال الحق لا يحميها القانون.

---

(١) انظر الدكتور عثمان سعيد، استعمال الحق كسبب للاباحة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٦٨، ص ٣٩٢.

(٢) انظر الدكتور محمود جمال الدين زكي - حسن النية ، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية ص ٦٧ ، وانظر ايضا المادة ٣/٩٦٥ من القانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ ص ١٤ والمادة (٢٢٦٨) من القانون المدني المصري.

ولا يكاد القانون الفرنسي والمصري المدنيان يختلفان عن ذلك فكلاهما ينص على هذا المعنى، اذ تنص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي على انه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهو يقابل نص المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري، ولا يختلفان في المضمون. (١)

ويبدو من هذا ان فكرة حسن النية تتذبذب بين أمور أربعة هي الجهل والغلط وانتفاء الغش ونية الاضرار في أي ان الشخص يعد حسن النية في هذه الحالات مع توفر شروط اخرى:
الاولى: اذا تصرف وهو يجهل حقيقة معينة ، الثانية اذا تصرف وهو واقع في غلط ، والثالثة اذا تصرف بغير غش ، الرابعة اذا تصرف بغير اضرار بالغير.

ففي الحالتين الاولى والثانية يقال ان الشخص حسن النية اذا وقع في غلط او جهل العيوب التي تجعل من تصرفه عملا ناقصا لا يقره القانون او لا يجعل منه سببا كافيا لترتيب آثاره القانونية وفي الحالتين الثالثة والرابعة يقال ان الشخص حسن النية ايضا اذا لم تشب سلوكه شائبة من غش او اضرار بالغير.

والخلاصة: المقصود من حسن النية في القانون المدني هو التزام اليقظة والاخلاص والنقاء من كل غش او ايذاء للغير. (٢)

---

(١) انظر حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، المرجع السابق ص ٨٢.
(٢) انظر الدكتور محمود جمال الدين زكي ، حسن النية، المرجع السابق ص ٣٧.

المبحث الثالث

المفهوم الموضوعي لمبدأ حُسن النية
LA CONCEPTION OBJECTIVE

ذهب جانب من فقهاء القانون المدني الى رفض المفهوم الشخصي او الذاتي لمبدأ حسن النية ، الذي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقةL'ignorance erronee او الجهل بالعيب الذي شاب التصرف او السند، ويرى انصار هذا الاتجاه أن مبدأ حسن النية عبارة عن الغلط المبرر المشروع، والذي لا يكون الا بانتفاء أي خطأ من جانب المتعاقد او الغير. [١] وبعبارة أخرى انه يجب – حتى يمكن التمسك والدفع بحسن النية – أن يتم اثبات انتفاء أي خطأ قانوني تقوم به المسئولية المدنية في جانب الشخص الذي يدعى حسن نيته. ولذا فان ربط سوء النية بالجانب الاخلاقي – كما يذهب الاتجاه السابق – سيؤدي الى نتيجة غير مقبولة وسيئة الاثار، وهي ان القانون يحابي المهملين ويكافئهم على اهمالهم واستهتارهم.

لهذا يرى انصار هذا الاتجاه ان الغلط المبني على الجهل هو عبارة عن حالة سلبية نفسية وداخلية خاصة بالانسان، وبالتالي يصعب اقامة الدليل عليها او اثبات عكسها، لذا يجب الالتجاء – لا الى معيار شخصي كما يذهب اصحاب الرأي السابق، بل الى معيار موضوعي نقيس به سلوك الغير على سلوك الشخص المعتاد ، او ما يطلق عليه سلوك رب الاسرة الحريص، فاذا ثبث انه قد تعمد التعامل مع العلم بانعدام صفة المتصرف ، او مع العلم بالعيب ، او ثبت انه لم يتخذ الحيطة والحرص الذي لم يلتزم به عادة الشخص المعتاد، كان سيء النية ،

---

(١) انظر الدكتور نعمان جمعه خليل ، أركان الظاهر كمصدر للحق " التنازع بين القانون والواقع المستقر، المرجع السابق ص ١٣٤.

ومن ثم يحرم من الحماية القانونية المقررة [١] ونحن نتفق مع فريق من الفقه الذي يرى بأنه يصعب الاخذ باحد الاتجاهين السابقين على حده في تحديد مفهوم مبدأ حسن النية ، اذ يصعب قصر معناه على الجهل بالعيب L'ignorance excusable أو على الغلط المبرر المشروع L'errear Le'gitine، لأن هذه العناصر ، وأن كان يمكن ان تلتقي في بعض الظروف ، الا ان التطابق بينهما غير كامل فالجهل هو انتفاء العلم ، بينما الغلط هو العلم بما يخالف الحقيقة.

أما الخطأ فهو سلوك معيب لمخالفته للصواب ، وما يجب ان يكون عليه الشخص المعتاد، لمخالفته أحد الواجبات التي يلتزم بها هذا الشخص. [٢]

---

(١) اخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها الحديثة بالمفهوم الموضوعي لحسن النية: من ذلك حكمها الصادر في ٢٨ يناير ١٩٨٧.

Civ, 3e 28 Janv. D. 1987, Somm. Comm, 15, A. Robert

(٢) انظر الدكتور نعمان جمعه خليل ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، المرجع السابق، ص ١٣٤.

الفصل الثاني
مفهوم مبدأ حسن النية في قانون العقوبات

تمهيد وتقسيم:

في الحقيقة أن فكرة حسن النية لم تحظ في قانون العقوبات بدراسة كافية على خلاف الامر في القانون المدني حيث لقيت عناية كبيرة.

ونبين في هذا الفصل المدلول العام لمبدأ حسن النية في قانون العقوبات ومعياره وعلاقته بغيره من مرادفات ، وموضعه القانوني في القانون المقارن.

المبحث الاول
المدلول العام لمبدأ حسن النية في قانون العقوبات

تقسيم:

يمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول مضمون المدلول العام لمبدأ حسن النية في قانون العقوبات، وفي الثاني اهمية هذا المدلول.

المطلب الاول
مضمون المدلول العام لمبدأ حسن النية في قانون العقوبات

يتمثل المدلول العام لمبدأ حُسن النية في عدم انتواء الشر مطلقا سوءا كان ذلك من وجهة النظر الاخلاقية ام وجهة النظر القانونية، وسواء كان ذلك راجعا الى الرغبة في الخير والعزوف عن الشر عند ممارسة الفعل، ان كان ذلك راجعا الى الجهل بالشر او الغلط فيه، بحيث يكون الوقوع فيه دون قصد، أي رغم انتفاء الرغبة فيه، وعدم انتواء الشر من وجهة النظر الاخلاقية يفيد سلامة الصدر ونقاء الضمير، اما من وجهة النظر القانونية فانه يفيد عدم وجود الرغبة النفسية في مخالفة القانون. [١]

---

(١) - انظر الدكتور علي عبدالله حسن الشرفي ، الباعث وأثره في المسئولية الجنائية ، دراسة مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية رسالة دكتوراه، القاهرة ، ١٩٨٦م، الزهراء، ص ١٩٠.

فمدلول حسن النية في القانون الجنائي هو انتفاء القصد الجنائي: ذلك أن القصد هو ارادة متجهة الى مخالفة القانون ، أي متجهة الى الاعتداء على الحقوق التي يحميها ، فمن انتفت هذا الارادة لديه فلم يكن مستهدفا مخالفة القانون او الاعتداء على حق، فقد انتفت لديه النية السيئة وتوافر لديه حسن النية.

ويلاحظ أنه لا يحول دون توافر حسن النية اقتران الفعل بخطأ غير عمدي ونشوء للمسئولية الجنائية عنه، فحسن النية ينفي المسئولية العمدية ولكنه قد لا ينفي المسئولية غير العمدية. (١)

ولكن هذا المدلول لحسن النية ليس ما يعنيه القانون في نصه على استعمال الحق كسبب للاباحة ، اذ لا يتصور توافره في هذا المعنى، وذلك أنه يفترض فعلا قد ثبتت له الصفة غير المشروعة ، ولكن مرتكبه يجهل ذلك فيعتقد أنه لا يمس حقا يحميه القانون ، وليس لحسن النية – في هذا المعنى – محل عند البحث في استعمال الحق كسبب للاباحة، اذ الغرض ان الصفة غير المشروعة لم تثبت، اذ ان انتفاء هذه الصفة او تحققها رهن بتوافر حسن النية، او انتقائه، ويعني ذلك انها– عند البحث في حسن النية في استعمال الحق – لم تتحقق بعد للفعل على النحو الذي يسمح بتصور حسن النية في المعنى المتقدم.

وعلى هذا النحو يتضح أن لحسن النية في استعمال الحق مدلولا مختلفا عن المألوف له في القانون الجنائي.

وحسن النية او سلامة النية، هو التعبير المقابل للقصد الجنائي– وهو القصد السيء كما ورد في النصوص القانونية، وبذلك يعني حسن النية وقوع الجريمة عفوا ودون قصد جنائي من الفاعل، والاصل في الفطرة الانسانية سلامة

---

(١) انظر استاذنا الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية، بجامعة الدول العربية ١٩٦٢م، ص ٩٠.

النية، فسوء النية لا يفترض، ويجب أن يبينه القاضي في حكمه صراحة والا كانت التهمة غير وافية البيان. [١]

ومتى تخلف القصد الجنائي وجب افتراض حسن النية وسلامتها بالنسبة لما تخلف فيه القصد الجنائي من أنشطة وما يترتب عليه من نتائج.

---

(١) انظر - نقض رقم ١٣٨٧ سنة ١٧ قضائية في ١٤ اكتوبر ١٩٤٧م، مجموعة القواعد القانونية ص ١٦٥.

المطلب الثانــــي

أهمية مدلول مبدأ حسن النية في قانون العقوبات

وتبرز أهمية حسن النية وسلامتها، أي تجردها من القصد الجنائي في صورتين:

الصورة الاولى: الجرائم غير العمدية:

فهي لا تتطلب بداهة قصدا سيئا يهدف الى ايقاع الاذى والسوء بالغير، لانها في الواقع تحدث في غفلة من ارادة الجاني سواء نتيجة اهماله وتقصيره او رعونته وعدم تبصره.(١)

ومناط المسئولية الجنائية في هذه الصورة ليس هو اختيار الجريمة أو التفتيش عن بواعث سيئة، وانما هو الارادة الآثمة لتقصيرها في الحيلولة دون العواقب الاجرامية المألوفة للفعل. وهذه النتيجة السيئة وان لم تكن مقصودة من الجاني الا انه يمكن للانسان العادي أن يتوقعها ، ومن ثم فقد كان لزاما عليه قبل توجيه ارادته لمباشرة الفعل أما أن يتخذ من الاسباب ما يحول دون سوء العاقبة، واما ان يتنكب المسلك الذي اختاره ، ومن ثم فان الجريمة تعتبر طبيعية لخطئه واهماله.

الصوره الثانية: الجرائم العمدية:

وتتطلب الجرائم العمدية بطبيعتها قصداً جنائياً عاماً حيث يكون الركن المعنوي فيها تعمد الفعل عن ادراك وتمييز فاذا تخلف القصد الجنائي العام انهار ركن العمد، وتحولت الجريمة الى جريمة أخرى اقل جسامة، وأقل عقابا، وخضعت لاحكام الجرائم غير العمدية، حيث يكون الركن المعنوي فيها مجرد الخطأ او الاهمال، ولا يكون مناط التجريم فيها النية السيئة، وانما الارادة الآثمة التقصيرية.

---

(١) انظر استاذنا الدكتور أحمد فتجي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام ١٩٩٠ ، دار النهضة العربية ص ٥٦٠، استاذنا الدكتور مأمون محمد سلامه والقسم العام ١٩٩٠، دار الفكر العربي، ٤٥٠.

أما في الجرائم العمدية التي تتطلب قصدا جنائيا خاصا سواء تمثل ذلك القصد الخاص في نية الاساءة ، ام انحصر في نتيجة محددة يرمي اليها الجاني من جريمته فالوضع يختلف على النحو التالي:

أ - اذا انعدم قصد الاساءة والاضرار انعدمت النية الاجرامية وبالتالي انعدمت الصفة الاجرامية عن الفعل. فقد يكون مبنى حسن النية استعمال لحق مخول للشخص بمقتضى الشرائع في حدود الغاية التي شرع من اجلها الحق، مما يقضي باباحة الفعل والاعفاء من المسئولية الجنائية تطبيقا لنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات التي تنص على انه "لا تسري احكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " ومثال ذلك تأديب الوالد لولده والزوج لزوجته [١] والسيد لخادمته، بما لا يتجاوز حدود التأديب لتجرده من نية الاجرام . ومن هذا القبيل ايضا ممارسة الالعاب الرياضية العنيفة كالملاكمة والمصارعة، وكذلك مزاولةمهنة الطب والجراحة ومن الافعال التي نص القانون على اباحتها القذف والسب الذي يسنده احد الخصوم لخصمه في المرافعه امام المحاكم (م ٣٠٩ عقوبات) وكذلك الطعن في اعمال الموظف العام او شخص ذي صفة نيابية عامة او مكلف بخدمة عامة، اذا حصل بسلامة نية، وكان لا يتعدى اعمال الوظيفة او النيابة او الخدمة العامة .. وبشرط اثبات حقيقة كل فعل اسند اليه (م ٣/٣٠٢ عقوبات). [٢]

ويجدر الاشارة انه لا محل للقول بأن سبب الاعفاء من المسئولية الجنائية في الحالات المتقدمة هو انعدام القصد الجنائي العام ، لان مفهوم القصد الجنائي العام كما اسلفنا فأصر على تعمد الفعل، وركن العمد واضح في هذه الافعال جميعا، ولكن مناط الاعفاء هو الباعث الحميد الذي تأسست عليه النية السليمة، ومن حالات انعدام الصفة الاجرامية عن الفعل أيضا عدم الالمام بحقيقة الفعل لغير

---

(١) انظر المادة (٢٠٩) من قانون الاحوال الشخصية.

(٢) انظر تعلميات الحقانية على مشروع المادة (٦٠) عقوبات.

الخطأ او تقصير من الجاني ، كمن يدلي في شهادته بأقوال كاذبة وهو يعتقد انها صحيحة ، وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ، مما يسقط جريمة شهادة الزور.

وكذلك ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون العقوبات فقضت انه " لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميري اذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين او ما اعتقد ان اجراءه من اختصاصه" كالقبض على انسان بمقتضى امر بالقبض باطل من حيث الشكل وأن يقبض بحس نية على انسان غير الذي عين من امر القبض.[1]

والواقع ان حسن النية في هذه الحالة ناشيء عن غلط وقع فيه الجاني دون تقصير منه او تهاون راجع اليه.

ب – ويلحق بحسن النية ، انعدام القصد الجنائي الخاص ، اذ ان ذلك القصد الخاص لا يدل على افتقاد النية الاجرامية كلية وانما ينصب على ذلك القصد الخاص فحسب، ويجعل النية الاجرامية قاصرة على ركن العمد في الفعل أي على القصد الجنائي العام. دون القصد الخاص.

ويعتد القانون بهذه النية القاصرة وحدها حتى ولو أدى الفعل الى ذات النتيجة التي كان ينتهي اليها القصد الجنائي الخاص، فلا يحاسب الفاعل الا على أساس الخطأ غير المقصود فيسأل – مثلا – عن جريمة الضرب المفضي الى الموت بدلا من جناية القتل العمد.

---

(١) انظر استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى، القسم العام، دار النهضة العربية سنة ١٩٦٨ ص ٣٧٠، الدكتور حسن صادق المرصفاوي، القسم العام، منشأة المعارف الاسكندرية ص ٤٨٠، الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام المرجع السابق ص ٤٨٠.

المبحث الثاني
معيار حسن النية

تقسيم:

يمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول معيار المصلحة المشروعة، ونتعرض في الثاني الى معيار الغاية المشروعة.

المطلب الاول
معيار المصلحة المشروعة

أ – **مضمونه:**

لقد حددت الفقرتان (أ) ، (ج) من المادة الخامسة من القانون المدني المصري معيار حسن النية في استعمال الحق فنصت في فقرتيها على حالتين يكون استعمال الحق فيهما غير مشروع لتجاوزه الحدود الشخصية للحق.

فاستعماله يكون غير مشروع اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير بمقتضى الفقرة (أ). وقررت ايضا الفقرة (ج) عدم مشروعية هذا الاستعمال " اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة [1]" ويعني ذلك أن حسن النية في استعمال الحق يتطلب امرين: الاول ، هو انتفاء قصد الاضرار، والثاني ، هو شرعية المصالح التي يرمي استعمال الحق الى تحقيقها، ويتوافر سوء النية اذا انتفى احد هذين الامرين او كلاهما. [2]

ولا يثور شك في صواب ما يقرره هذا النص بالنسبة للقانون الجنائي: فالشارع الجنائي لا يبيح فعلا لا يقصد به سوى الاضرار بالغير، ولا يبيح فعلا

(١) انظر في شرح هذه الحالة : الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ج١ ، رقم ٥٦٠ ، ص ٨٤٤ ، ورقم ٥٦٢ ص ٨٤٦.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٩٢.

يهدف الى تحقيق مصالح غير مشروعة، ففي الحالتين ينتفي حسن النية وان كان الفعل قد التزم الحدود الموضوعية للحق. وتطبيقات هذا المعيار واضحة في القانون الجنائي، فمن امثلة انتفاء الاباحة لأن الفعل لم يقصد به سوى الاضرار بالغير، لا يجوز لمن له حق التأديب ان يستهدف بالضرب مجرد الانتقام ممن يخضع لهذا الحق او التعبير عن الشعور بالحقد والكراهية نحوه، ولا يجوز ايضا لمن يطعن في المحال الموظف العام أن يحتج بالاباحة اذا كان الباعث الذي دفعه الى ذلك هي الاحقاد الشخصية. (١)

ومن أمثلة انتفاء الاباحة لأن الفعل قد استهدف تحقيق مصالح غير مشروعة لا يجوز للطبيب ان يحتج بالاباحة اذا اجهض حاملا في غير الحالات التي يعد الاجهاض عملا علاجيا، فالاجهاض لذاته مصلحة غير مشروعة، ومن ثم لا يباح الفعل الذي يهدف اليه . (٢) ولا يجوز لمن له حق التأديب ان يستعمله ابتغاء الحمل على منكر كدفع الصغيرة الى الدعارة (٣) ، ولا يجوز للزوج ان يؤدب زوجته ابتغاء ابتزاز مالها، فالمصلحة في الحالين غير مشروعة، والطبيب الذي " يسيء استعمال حقه في وصف المخدر فلا يرمي من وراء ذلك الى علاج طبي صحيح، بل يكون قصده تسهيل تعاطي المخدرات للمدمنين يجري عليه حكم القانون العام اسوة بسائر الناس" ذلك أن المصلحة التي يستهدف تحقيقها غير مشروعة كذلك.

---

(١) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨م ، مجموعة القواعد القانونية ص ٩٢، ج٤ رقم ١٨١ ص ١٦٩.

(٢) انظر استاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام سنة ١٩٦٨، دار النهضة العربية رقم ٩٦ ص ١١٥.

Delogue , No. 79, P. 217

(٣) انظر نقض ٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ، ج٦ رقم ٥٨٧ ص ٨٢٥.

ب - تقديره:

ولكن هذا المعيار يشوبه في القانون الجنائي القصور: فثمة حالات لا يستهدف فيها الفعل مجرد الاضرار بالغير ولا يستهدف كذلك تحقيق مصالح غير مشروعة ، ومع ذلك يبدو من غير السائغ ، القول بتوافر حسن النية فيها. فالطبيب الذي يستهدف بعمله اجراء تجربة علمية ليس من شأنها الاضرار بصحة من يخضع لها لا يصدق عليه انه يستهدف اضرارا او مصلحة غير مشروعة، وعلى الرغم من ذلك فان المنطق القانوني يأبى ان يستفيد من الاباحة. وبالاضافة الى ذلك فان هذا المعيار لا يستند الى فكرة واحدة تجمع بين عنصريه.

المطلب الثانـــي
معيار الغاية الاجتماعية

أ - مضمونه:

أن المعيار الذي يقاس على أساسه حسن النية وسوءها يجب أن يقام على فكرة استهداف الغاية التي توخاها المشرع عند تقريره الاباحة. والغاية هنا محددة وواضحة يرسمها النص عند تحديد حالة الاباحة، واتخاذ هذه الغاية هدفا عند ممارسة الفعل هو دليل حسن النية ، بل هو معياره.

فاذا كان الاجماع منعقدا على أن الشارع اباح افعالا معينة بعد ان كانت محظورة رعاية لمصالح ذات قيمة اجتماعية جديرة بذلك ، فانه يجب أن يظل الاجماع منعقدا كذلك على الشخص الذي لا يهدف بفعله الى رعاية تلك المصالح يعتبر سيء النية، ومن ثم خارجا على شروط الاباحة، وغير جدير بالتمتع بها. وهذا المعيار يصلح لكل اسباب الاباحة دون استثناء - اذ قالت في ذلك محكمة النقض المصرية: " ان حسن النية المؤثر في المسئولية الجنائية عن الجرائم رغم توافر اركانها هو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ، ويكفي أن يكون الشارع قد ضبطه في نص معين او مناسبة معينة ليستفيد القاضي من القاعدة العامة الواجبة الاتباع". (١)

فحسن النية في مجال استعمال الحق ماثل في استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله تقرر الحق له ، وهو التأديب او العلاج او نحو ذلك، وهو في أداء الواجب او استعمال السلطة استهداف المصلحة العامة التي هي اساس الاباحة،وهو في الدفاع الشرعي استهدف الدفاع وليس الاعتداء. وهكذا (٢)

---

(١) انظر نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية ، ج٧ ، رقم ٢٣ ، ص ١٩٩.

(٢) انظر استاذنا الدكتور مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٠م ، ص ١٨١.

ومعيار حسن النية بمفهومه السابق يفترض عدم الجهل بالمصلحة المرعية بالاباحة أي التي هي غاية المشرع ، ذلك أن الجهل بوجود هذه المصلحة يجعل من العسير القول باتجاه الرغبة نحوها.

ب – **تقديره:**

يتمتع معيار الغاية الاجتماعية باهمية عملية كبيرة لكونه يستند الى الاساس القانوني للاباحة ذاتها مما يجعله صالحا لاستيعاب كافة حالاتها بلا استثناء بحكم انها شرعت لتحقيق غاية ذات قيمة اجتماعية صالحة لتبرير الافعال المؤدية اليها، كما أنه يحدد القيمة العملية لدور الباعث المشروع في بناء حسن النية، ويعطي لمفهوم ذلك الباعث في هذا المجال دلالة عملية لها اهميتها، تتمثل في توجيه الارادة نحو تحقيق الغاية المشروعة بالطريق المألوف.

وتبرز أهمية هذا المعيار ايضا في أنه صالح لحسم مشكلة ازدواجية الغاية، فما دام الفاعل قد استهدف الغاية المشروعة فهو حسن النية حتى ولو كانت له رغبة عند مقارفة الفعل كالانتقام او ارضاء شهوة او نحو ذلك ، لأن العبرة بالرغبة الاساسية ، وهي هنا منسجمة مع غاية المشرع، وتظل الرغبة الاخرى ثانوية عديمة القيمة، ولا يمكن التعويل عليها.

كما تبدو أهمية هذا المعيار أيضا في أنه يسمح بتطبيق نظرية الجهل بالاباحة تطبيقا سليما، فهو يضع على صفة الموضوعية التي تتمتع بها أسباب الاباحة قيداً يمكن على اساسه التمييز بين الجهل بالاباحة وبين انتفاء حسن النية اذ لا يوجد تلازم حتمي بين الامرين ، فاذا جهل الشخص وجود سبب الاباحة فان جهله ليس بالضرورة دليلا على انتفاء حسن النية، ومن ثم فانه يستطيع الاستفادة من الاباحة برغم جهله اذا كان حسن النية، أي اذا اتى فعله بقصد تحقيق المصلحة التي يقصدها الشارع من وراء الاباحة، اما اذا قصد غيرها فهو سيء النية سواء علم بها أم جهلها.

كما أن هذا المعيار يجعل القصد من ارتكاب الفعل حميدا من وجهة النظر القانونية، أي متفقا مع غاية القانون التي تنحصر في تحقيق مصلحة معتبرة اجدر بالرعاية. (١) فيكون وجود تلك النية الحسنة دليلا على انتفاء القصد الجنائي نظرا لأن الإرادة التي تولدت عن هذه النية كانت ارادة مستقيمة، أي غير متجهة الى مخالفة القانون ، ومن ثم فلا يصح وصف القصد العام عليها بأنه قصد جنائي، بينما قد لا يفيد حسن النية بمدلوله العام في نفي هذه الصفة، فالذي يجري تجربة طبية لا يمكن القول بأنه سيء النية من الوجهة الاخلاقية ، ومع ذلك ففعله ماس بسلامة الجسم.

ولعل هذه الاهمية العملية لمعيار حسن النية في الاباحة هو الذي جعل الغالبية العظمى من الفقهاء يسلمون به فيها. (٢)

غير ان فكرة الغاية الاجتماعية للحق لم تسلم من النقد فقد تناولها الاستاذ PATON وحذر من انها قد تكون واسعة النطاق وقال اننا لو اخذنا بالغاية التي من أجلها منح الحق فانا يلزمنا ان تجري تحليلا دقيقا قبل أن يكون تطبيق القانون واضحا (٣) ولم يكن هذا المعيار مجهولا في الفقه المدني، فقد قال به بعض

---

(١) انظر الدكتور عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق ، ص ٤١٠.

(٢) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة ص ١٧٥ والدكتور محمود محمود مصطفى، القسم العام المرجع السابق، ص ١٧٠، والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص ١٧٧ والدكتور مأمون محمد سلامه، القسم العام، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٣) Paton, A text - Book of jurisprudence. 3rd, ed. p. 479.

الفقهاء [١] ، ولكنه لم يسد في هذا الفقه ، والنقد الاساسي الذي وجه اليه انه صعب التطبيق، لانه ليس من السهل تطبيق تحديد الغاية الاجتماعية للحق، ثم انه يتيح السبيل الى تحكم القاضي، اذ لا توجد قواعد محددة توجه في هذا الشأن قضاءه، كما يؤدي هذا المعيار الى القضاء على وجود الحق نفسه، اذ ان كل استعمال له يخضع لرقابة القاضي وتحكمه مما يجرد الحق من كل قيمة.

وهذا المعيار قد ساد في القضاء والفقه الاداريين فمن القواعد المستقرة فيها أنه اذا حدد القانون للقرار او العمل الاداري غاية او غايات معينة، ولكنه استهدف غاية مختلفة، ولو كانت متصلة بالمصلحة العامة، فانه يكون معيبا بعيب الانحراف بالسلطة "Detournement de pouvoir" [٢]

ويرى البعض [٣] ان هذه الانتقادات التي وجهت الى معيار الغاية الاجتماعية ليست حاسمة، فالاصل في الحقوق كافة أنها غائبة، اذ القواعد القانونية التي تحكمها جزء من التنظيم القانوني العام للمجتمع الذي يتجه في مجموعة الى غاية اجتماعية معينة، هي كفالة تنظيم معين للمجتمع، ويقضي المنطق بأن يكون ثمة اتساق بين غاية كل حق والغاية العامة للتنظيم القانوني ، وليس من العسير على القاضي تحديد هذه الغاية.

والقول بأن الاخذ بهذا المعيار يفقد الحق قيمته ويضيع ما ينطوي عليه من مزايا هو قول غير دقيق، فاذا كان الحق يقرر لصاحبه مزايا شخصية كي يستهدف بها مصلحة خاصة به، فان تطبيق هذا المعيار لا يعني سوى أن هذه المصلحة ينبغي ان تحدد على نحو يتسق مع المصلحة العامة، فاذا ما تحقق

---

(١) Josserand De, Lesprit des droits et de leur relative 1939 et compion the orie de l'abus des droits 1452, P 338.

(٢) انظر الدكتور عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ١٩٥٦م ص ٣٧٨، مشار اليه لدى الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٣) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٩٩.

هذا الاتساق كانت المصلحة الخاصة في الوقت نفسه غاية اجتماعية، وكانت اتجـاه النية اليها صالحا ليتوافر به حسن النية في استعمال الحق.

والواقع أن هذا المعيار سند في القانون الجنـائي اقوى ممـا لـه فـي القـانون المدني، ذلك ان القانون الجنائي فرع من افـرع القـانون العـام ، ونصوصـه تهـدف الى حماية المجتمـع بتجريـم الافعـال التـي تهـدد حقوقـه ومصالحـه ، فـان اعـترف بحقوق الافراد وجعل من استعمالها سببا للاباحة، فهو لا يسلم لها بذلـك باعتبارهـا مصالـــح خاصـــة لبعـض الافـراد ، ولكن باعتبارهـا فـي الوقـت نفســه مصـــالح للمجتمع. (١)

ونحن نرى امام الانتقادات التي وجهت الى معيار الغاية الاجتماعية انـه لـو امكن الاخذ به بالفكرتين معا: فكرة الغاية الاجتماعية باعتبارها مثلا اعلى يجب ان يستلهم في استعمال الحق ، وفكـرة المصلحـة المشـروعة باعتبارهـا ميزانـا واقعيـا مؤكدا يجب ان يوزن به كل سعى نحو الانتفاع بالحق.

---

(١) انظـــر الدكتور محمود نجيب حسني، اسـباب الاباحـة في التشـريعات العربيـة، المرجـع السابـــق، ص ٩٦.

المبحث الثالث
علاقة النية بمرادفاتها

تقسيم:

النية سيئة كانت أم حسنه لها مرادفات بعضها ناخذ حكمها مثل : الارادة، القصد، الباعث، والبعض الاخر من مرادفاتها لا ياخذ حكمها. (١)

ونقتصر في حديثنا على مرادفات النية التي تاخذ حكمها.

المطلب الاول
النية والارادة

الارادة لغة هي المشيئة، وفي الاصطلاح القانوني هي القدرة الذاتية على الاختيار الحر، فجوهر الاراده هو ملكة الاختيار التي تحدوها الى اصطناع السلوك المعين وممارسة النشاط المادي اللذين يحققان ما انتهى اليه الخيار.. وبالمقابل، فان النية هي ما وقر في النفس من افكار ومآرب اختمرت وانعقد عليها العزم، فتهيأت لها صلاحية التنفيذ حين القدرة عليه وفيما لو دانت لها اسبابه، أي انه قد تم اختيارها بالفعل، وتطويعها للارادة الذاتية المسئولية بطبيعتها عن عملية الاختيار.

---

(١) من مرادفات النية التي لا تاخذ حكمها هي: وهم، وهم بالامر عزم على القيام به ولم يفعل، فالهم - ١- ما هم به الرجل في نفسه فهو اول العزيمة، ٢- وشا، والمشيئة اخص من الارادة، وشاء يشاء شيئا، ٣- والميل: مال يميل ميلا ، ومال الى الشيء، أي رغب الشيء واحبه، ٤- وهوى: والهوى مقصور على هو النفسي ، ٥- وشهى: ويقصد بذلك احب الشيء ورغبه ٦- وظن: وهي ادراك الذهن الشيء مع ترجيحه وقد يكون مع اليقين، ٧- رغب، ويقصد به حرص على الشيء وطمع فيه. ٨- الهاجس. وهو ما يلقى في النفس ٩- الخاطر، وهو ما يخطر القلب من امر.

فالارادة بهذه المثابة مناط النية مشفوعة بالصبغة التنفيذية، وبالتالي فان النية بالنسبة للارادة هي القوة الموجهة لها، والطاقة المحركة لنشاطها الفعلي.

فالعلاقة بين النية والارادة علاقة امتزاج معنوي وموضوعي وتوافق في الهدف ، والارادة بهذا تستوعب النية في اطارها وتنطوي عليها لا محالة.

والواقع ان هذا التوافق بين الارادة والنية لا يتحقق في الارادة الاثمة الا بالنسبة للجرائم العمدية فحسب، لأن هذا النمط من الجرائم لا يكون الا وليد نية آثمة تعرف اصطلاحا بالقصد الجنائي، اما بالنسبة للجرائم غير العمدية ، فان المفارقة تبدو واضحة بين النية والارادة، ذلك ان النية الآثمة لا توجد في هذا النوع من الجرائم ومناط المسئولية الجنائية في هذه الجرائم هي الارادة الآثمة وحدها وتتحصل في انتهاج مسلك ارادي محفوف بالمخاطر يقضي الى وضع اجرامي لم يقصده الجاني، ولكن كان في مستطاع الشخص العادي في ذكائه وقدراته وتوقعه العمل على تجنبه[1]، لأنه نتيجة مألوفة وطبيعيه في المسار العادي للامور وفي مثل الظروف التي احاطت به، فموطن الاثم ومناط المسئولية في الارادة الآثمة في الجريمة غير العمدية هو خطأ الجاني وتقصيره في تحري العواقب وتداركها، بتوجيه ارادته للفعل قبل الاخذ بأسباب الحيطة الواجبة لتجنب مواطن الخطر المتوقع عادة من هذا الفعل، وبهذا الخطأ يتوافر الركن المعنوي للجريمة، وهو مناط المسئولية الاخلاقية أو المعنوية وما يترتب عليه من آثار. واذا كانت الارادة الآثمة بصورتيها العمدية والتقصيرية - هي مناط المسئولية الجنائية، وليست النية الكامنة في الخلد فذلك لان الارادة هي التعبير العملي عن النية المضمرة ، والقانون انما يحاسب على الانشطة الظاهرة دون النوايا الباطنة مهما بالغت في السوء.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، القسم العام المرجع السابق ص ٣٤٠، الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام المرجع السابق ص ٧٦٠، الدكتور أحمد فتحي سرور، القسم العام، المرجع السابق ص ٥٧٠، الدكتور مأمون محمد سلامه، القسم العام المرجع السابق ص ٤٦٠.

المطلب الثاني

النية الآثمة والقصد الجنائي

تعرف النية الآثمة في الاصطلاح القانوني بالقصد الجنائي، فالقصد الجنائي اصطلاحا هو نية ارتكاب فعل يجرمه القانون.

والنية هي الحاصل النهائي لما استقر عليه التفكير بعد موازنة الظروف والمصالح المختلفة، وهي التي توجه ارادة الجاني لاقتراف الجريمة ويشترط القانون لاكتمال النية الآثمة – أي القصد الجنائي – لدى الجاني، وحتى يكون اهلا لتحمل المسئولية الجنائية عن فعله، ثلاثة عناصر أساسية هي:

١ – أن يكون انعقاد النية الآثمة عن تكوين ذاتي حر فلا يشوبها عائق ذهني او ارهاب فكري يحول دون سلامة التفكير المفضي الى انعقادها كجنون او اكراه مادي او ادبي يشل التفكير بما يشوب سلامته، ويلاحظ ان هذه هي الشروط التي تكتمل بها الارادة السليمة . فالانفعالات النفسية العنيفة تؤثر على تكوين النية المسئولة عن الفعل المحرم، بل قد يعتبر الانفعال النفسي العنيف عذرا مخففا للعقاب، كما في حالة من فاجأ زوجته متلبسة بالزنا فقتلها هي وشريكها، حيث يعاقب بالحبس بدلا من عقوبة الاعدام.

٢ – ان يعلم الجاني العناصر الاساسية للفعل المزمع اقترافه والتي يبنى عليه نيته الآثمة ، علما لا يشوبه من العوارض ما يحول دون الاحاطة بها احاطه صحيحة كالغش والغلط وذلك حتى تكون نيته تعبيرا صادقا عما يجيش بنفسه من نزاعات اجرامية.

هذه العناصر الاساسية للفعل هي التي تكون الركن المادي للجريمـــــة .

٣– ان يعلم الجاني ان الفعل الذي يريد اقترافه يدخل في دائرة التجريم ومعاقبا عليه لخضوعه الى نص التجريم والعقاب. الا ان هذا العنصر غني عن الاثبات، فالعلم بالقانون مفترض توفره لدى الجاني دائما تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الجهل بالقانون ليس بعذر، ولا يعفى الجاني من مساءلته عن مغبة فعله.

تلك هي مقومات النية في صورتها السيئة ، وبها تكتمل عناصر القصد الجنائي كما يحددها القانون ، ويكون الجاني جديرا بالمسئولية الجنائية عن النتائج المباشرة لما قصد اقترافه من جرم، ولما يحتمل ان يؤدي اليه فعله من نتائج اخرى غير مباشرة يجب عليه ان يتوقعها وان يفترض احتمال حصولها اذا كانت جريمته الاساسية تؤدي اليها بحسب المجرى العادي للامور.

والقصد الجنائي شرط لتوفر الركن المعنوي في الجرائم العمدية – وهي التي انعقدت نية الجاني على ارتكابها، ولم تقع نتيجته مجرد اهمال وخطأ فيه غير مقصود ، فلا تتحقق المسئولية الجنائية في الجرائم العمدية الا بتوافره.

والقصد الجنائي نوعان: قصد عام، وقصد خاص [(١)] ولكل منهما مجاله واثاره فالقصد الجنائي العام يتوفر بمجرد تعمد الفعل الآثم ، أي انصراف ارادة الجاني نحو تحقيق النتيجة الاجرامية التي نص عليها القانون وعلمه بذلك. فركن العمد في البلاغ الكاذب وفي الشهادة الزور وفي النصب، يستلزم ان يعلم الجاني ان اقواله وافعاله المادية كاذبة، فلا تتحقق الجريمة اذا كان هو نفسه مخدوعا في حقيقة الامر او فيما يدلي به من اقوال، وكان يعتقد صحة ما يقوله ويفعله.

اما القصد الجنائي الخاص – ويشترط فيه – بالاضافة الى توفر القصد الجنائي العام – ركن العمد – وجود باعث معين هو الذي دفع الجاني الى اقتراف الجريمة.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة في القصد الجنائي، المرجع السابق ص ١٢٠، الدكتور حسن صادق المرصفاوي ، القسم العام، المرجع السابق ص ٦٥٠، الدكتور عبد الفتاح الصيفي القسم العام، المرجع السابق ص ٣٨٦.

المطلب الثالث

النية والباعث

قد يوصف الباعث احيانا بانه شريف، كما يوصف احيانا بانه دنيء، ويسمى بعض الشراح الباعث الشريف بالباعث الاجتماعي والباعث الوضيع الباعث غير الاجتماعي. [١]

كما يوصف الباعث الشريف بأنه انساني، والدنيء بأنه غير انساني او شرير، وقد يوصف الاول بأنه اخلاقي والثاني غير اخلاقي [٢] فالباعث الذي لا يجرح شعور الجماعة ولا ينافي الاخلاق العامة السائدة فيها يسمى باعثا شريفا، بينما يكون الباعث الدنيء والوضيع على العكس من ذلك.

ويقصد بالباعث السيء بالباعث القريب الذي بينت النية الآثمة على اساسه فيما لو تعددت البواعث، فهو الدافع المباشر للجاني على اقتراف الجرم. ويتضمن هذا الباعث بوجه عام قصد الاساءة والاضرار، فليس الفعل في ذاته هو المعاقب عليه وانما النية الآثمة المستمدة من الباعث الشرير الذي هو اوحى بارتكابه – هي مناط العقاب – فاذا افتقد هذا الباعث السيء انعدمت بالتالي النية الاثمة وانهار الركن المعنوي للجريمة.

وقد تعبر النصوص القانونية عن الباعث السيء بعبارات مختلفة فحواها جميعا قصد الاساءة والاضرار، وذلك بالنسبة للجرائم التي يشترط للعقاب فيها توفر هذا الباعث ، ومن ذلك اشتراط سوء القصد في جريمة البلاغ الكاذب، ونية سلب ثروة الغير في جريمة النصب، والاضرار بمالكي الاشياء او اصحابها او

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، القسم العام، المرجع السابق رقم ٢٩٢ ص ٤٢١ الدكتور مأمون محمد سلامه ، علم الاجرام ص ٢٨٣.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، رقم ٣٣١ ص ٥٣٦.

واضعي اليد عليها في جرائم الاختلاس والاستعمال والتبديد للاشياء وسوء النية في جريمة اعطاء شيك لا يقابله رصيد.

وقد لا ينص القانون صراحة على اشتراط الباعث السيء او قصد الاساءة والاضرار ، وانما يستفاد هذا الشرط ضمنا من قرائن الحادث، فجريمة التزوير مثلا يتحصل القصد الجاني الخاص فيها في نية الغش، أي نية استعمال المحرر المزور فيما زور من اجله، وهو ما يتحقق به الاضرار والاساءة ، فنية الغش يفترض وجودها ابتداء في كل تزوير مادي، وعلى المتهم اثبات عكسها.

والواقع ان الباعث المشروع وحسن النية ما هما الا وجهين لعملة واحدة هي الحالة النفسية التي تدفع الى السلوك، انه يصح اطلاق احدهما مكان الآخر، ووضع الباعث المشروع بمفهومه هذا – بين عناصر الاباحة ليس امرا غريبا، فاذا كان قد اباح افعالا معينة لاسباب خاصة رآها المشرع اولى بالرعاية، فانه كان يفترض من المستفيد من تلك الاباحة سيكون حسن النية، أي ان باعثه على اتيان التصرفات المشمولة بها سيكون متجها الى الغاية المرجوة منها، ولم يكن يتوقع الانحراف منها واستغلال نصوص الاباحة لتحقيق اغراض غير مشروعة تحايلا على القانون.

ومن ناحية أخرى فانه اذا كان الباعث على الفعل غير مشروع، أي كانت الغاية المتجهة اليها ذلك الباعث غير مشروعة، فلا مناص من اعتبار الفعل ظالما في نظر المشرع لاتجاهه غير المشروع ووصف الفعل بالظلم يجعل العقاب عليه يتفق مع العدالة، ومن ثم لا تجوز اباحته .

كما أن وجود الباعث غير المشروع دليل على توافر سوء النية، واذا كان الامر كذلك فان المنطق القانوني الذي توحي به المبادىء العامة للقانون يأبى أن تهمل هذه النية السيئة وان تتساوى مع النية الحسنة، خاصة وأن الاولى تعتبر دليلا على مخالفة القانون عمدا ، أي انها تدل على وجود القصد الجنائي. (١)

(١) انظر الدكتور عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق، ص ٢٤٠٦، الدكتور علي حسن عبدالله الشرفي، الباعث واثره في المسئولية الجنائية، المرجع السابق، ص ١٩٥.

المبحث الرابع
مبدأ حسن النية في قانون العقوبات المقارن

تقسيم:

ونبين فيما يلي مبدأ حسن النية في كل من : القانون الانجليزي، والقانون الفرنسي، والقانون المصري.

المطلب الاول
مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي

لا يوجد في التشريعات الانجليزية تعريف مباشر وايجابي لمبدأ حسن النية غير أن قانون الكمبيالات سنة ١٨٨٢ خصص له المادة ٩٠ [1] ثم نقلها عنه قانون General Lawses.

والفقه ايضا لم يتناول فكرة حسن النية الا بملاحظات قصيرة لا تتجاوز اسطر قليلة في مناسبات متفرقة. اما التشريعات القضائية التي اخذت اصولها عن القانون الانجليزي كالقانون الهندي والسوداني وغيرهما فقد خصصت بعض موادها لتعريف حسن النية ولو انها لم تعرضه بصورة مباشرة ايجابية، اذ اقتصرت على بيان الحالات التي لا يوجد فيها حسن النية. فالقانون الهندي قد نص عليه في المادة ٥٢ منه وقانون العقوبات السوداني تناوله في المادة ٢٧ منه.

ويرى شراح قانون العقوبات الهندي أن المادة ٥٢ مأخوذة من قانون الكمبيالات الانجليزي وان كانت تختلف عنه جوهريا في حكمها، فالمادة ٩٠ من قانون الكمبيالات الانجليزي الصادر عام ١٩٨٢م نصت على:" أن الشيء قد عمل

---

(١) Sec. 90 " A thing is deemed to be done in good faith within the meaning of this act. where it is in fact done negligently or not.

بحسن نية وفقا لهذا القانون اذا كان قد عمل حقا بأمانة بصرف النظر عما اذا كان قد عمل باهمال ام لا".

أما المادة ٥٢ من قانون العقوبات الهندي فتنص على أن: " لا تقبل الدفع بحسن النية عن فعل الشيء او الاعتقاد فيه اذا حصل الفعل او الاعتقاد فيه بغير ما يجب بذله من عناية وانتباه".

ظاهر أن قانون الكمبيالات يعتبر الفعل قد ارتكب بحسن نية طالما ارتكب بأمانة حتى ولو اقترن باهمال ، فالاهمال ان وجد أو لم يوجد لا يؤثر في استخلاص حسن النية أو الامانة، فحسن النية في هذا القانون معناه الأمانه في اتيان الفعل، اما قانون العقوبات الهندي فيؤكد أنه لا يمكن اعتبار الفعل قد ارتكب بحسن نية أو حصل الظن فيه عن سلامة نية ما لم يتوفر الحرص والانتباه اللازمان.

وبناء على ذلك يكون حسن النية في هذا القانون معناه توفر الحرص والانتباه وقت اتيان الفعل أو وقت الاعتقاد في الشيء، وعلى ذلك فالاختلاف واضح بين قانون الكمبيالات وقانون العقوبات الهندي. فالأول يهدف الى اعطاء حسن النية معنى الأمانة بصرف النظر عن قيام الاهمال أو عدمه، والثاني يهدف الى جعل الانتباه والحرص من عناصر تكوين حسن النية.

ومبدأ حسن النية ليس له مفهوم أو مدلول واحد في كل التشريعات، بل أن هذا المدلول يتوقف على السياق أو المعنى الذي يحدده له كل قانون وفقا لمشيئة المشرع.

أما الفقه لانجليزي فلم يهتم ببحث حسن النية ولكن هناك قليل من الملاحظات العابرة يبديها الكتاب في مناسبات مختلفة متناثرة، فيرى الاستاذ " Willams "[1] أن تعريف حسن النية بالاعتقاد الصادق انما هو ضرب من التزوير لأن كـــــل

---

(١) G. Willams . Criminal Law, Gen. Part P. 181.

اعتقاد هو صادق بذاته، فاذا لم يكن صادقا فلا يعد اعتقادا. ويرى أن حسن النية في الادعاء بحق Claim of right ينبغي ألا يكون مجرد تظاهر بغية التوصل الى أغراض احتيالية كاذبة، بل يجب أن يكون هناك ادعاء حقيقي. ولو أن التمييز بين مثل هذه الحالات عسير من الناحية العملية. (١)

ويرى شراح القانون الهندي أن الاستناد الى أسباب تافهة لا يكفي للقول بوجود حسن النية في اعتقادها ، أي أن الاعتقاد في شيء يجب أن يكون معقولا، كما أن حسن النية في الاعتقاد أو في عمل شيء يتطلب الحرص والانتباه اللازمين - ومع هذا يؤكدون أن معيار الحرص والانتباه ليس جامدا بل يختلف وبحسب الأحوال لأن درجة الحرص تتوقف على درجة الخطر الذي قد يترتب على انعدامه، فكلما اقتفى عمل من الأعمال نوعا من المهارة أو التثبت والتحري فان المعيار يكون أكثر تشددا، اذ حيث يكون الخطر كبيراً يكون الحرص ضرورة كبرى، وأنه بحسب ما استقر عليه الفقه الهندي فان حسن النية لا يقصد به العصمه من كل ذلك، ولكن يقصد به الحرص والانتباه اللازمين، وهو بذل جهد حقيقي للوصول الى معرفة الحقيقة وهذا يستبعد مجرد التمسك بالاعتقاد اذا كان بغير أساس، ومهما يكن فان الامر يتوقف على الوقائع وظروف كل حالة على حده ، فالقانون لا يتطلب درجة ثابتة من الحرص في كل شأن. (٢)

---

(١) Smith & Hogen. Criminal Law P. 380.

(٢) انظر عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق ص ٣٩٩.

المطلب الثاني
مبدأ حسن النية في قانون العقوبات الفرنسي

لم يحظ مبدأ حسن النية في الفقه بدراسات وافية حتى الآن اذ لم يتعرض له الباحثون إلا عرضا بمناسبة الكلام عن القصد الجنائي أو الغلط أو الجهل بالقانون أو بصفة عامة عند الحديث في الركن المعنوي للجريمة ولقد تناوله الفقيه "Garcon" بصدد تحديد فكرة القصد الجنائي، فأوضح أن حسن النية اصطلاح غامض، ومن العسير تعريفه بدقة ولكن مع ذلك حاول تحديد معناه فقال أن حسن النية أو سوءها عبارة عن حالة من حالات الضمير etat de consecience كما أن القصد ظاهرة نفسية للفعل ، ثم صور العلاقة بينهما بأنه اذا كان حسن النية هو السبب فان انعدام القصد هو النتيجة. فالقصد منعدم لأن الفاعل حسن النية، ثم لاحظ جارسون أن هذا التمييز لا قيمة له من الناحية العملية ذلك لأن حسن النية في الواقع لا يبرر الفعل الا اذا ترتب عليه عدم القصد الآثم ، وان الدفع بحسن النية يعني انكار التصرف بقصد أو بعلم بالطبيعة الجنائية للفعل . هذا ومن جهة أخرى فإن إثبات سوء النية هو برهان على أن الفاعل قد أراد بالجريمة كما هي فارتكب ركنها المادي وهو يعلم بأنه يرتكب جريمة يعاقب عليها القانون - كما تساءل "Garcon" عن ماهية أثر الخطأ أو الجهل على حسن او سوء النية لدى الفاعل، وينتهي الى أن القاعدة المستقرة فقها وقضاء هي عدم الاعتذار بجهل القانون او الغلط فيه. [1] ويرى الفقيه Bouzat أن حسن النية عنصر في الغلط في الوقائع [2] وهكذا ينفي الجريمة العمدية، لأن الجريمة العمدية تفترض سوء النية والغلط في الوقائع يتضمن حسن النية، فاذا قتل الجاني شخصا يظن حيوانا فلا يعاقب بجريمة القتل العمد حيث لا يوجد لديه القصد لهذه الجريمه، على أن الغلط

---

(١) Garcon. Gode Penal Annote, Vol. 1 P. 88.

(٢) Bouzat, Tr theorique et piali ete de Droit penol , P. 208.

في الوقائع لا ينفي الجريمة غير العمدية.

يتضح من هذا أن الفقه الفرنسي يصور حسن النية على أنه عامل نفس من شأنه، ان ينفي القصد الجنائي لدى الفاعل من حيث أنه السبب في قيام الغلط ، ولكن أثره قاصر على الغلط في الوقائع ولا يعتد به بالنسبة للغلط في القانون لاصطدام ذلك بقاعدة أخرى وهي عدم العذر للجهل أو الغلط في القانون.

وجدير بالملاحظة هنا أن الغلط في شخص المجني عليه وان كان من قبيل الغلط في الوقائع الا أنه لا ينفي قيام القصد الجنائي، لأنه يكفي فيه أن ارادة الجاني قد اتجهت الى موضوع النتيجة [1] أيا كان هذا الموضوع فمن أراد قتل زيد فقتل عبيد معتقدا أنه زيد.

ومن ثم لا يوجد حسن النية طالما انصرفت هذه النية الى مخالفة القانون بقتل أحد الناس.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، القسم العام المرجع السابق ص ٤٢٥ الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق ص ١٥٠، الدكتور احمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٣٢٠.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية في القوانين العربية وقانون العقوبات المصري

أ – مبدأ حسن النية في قوانين العقوبات العربية:

حرصت أغلب القوانين العربية على الاشارة الى مبدأ حسن النية كشرط لاباحة الفعل استنادا الى استعمال الحق [١]. فقانون العقوبات العراقي تطلب في الفعل أن يكون قد ارتكب بحسن نية في المادة ٢٤ منه، ولكن قانون العقوبات اللبناني لم يذكر هذا الشرط صراحة في المادة ١٨٣ منه مكتفيا باشتراط أن يكون الفعل قد ارتكب في ممارسة حق "بغير تجاوز" والواقع أن هذا التعبير يتسع لشرط حسن النية، ذلك أن الفعل غير المقترن بنية حسنة هو فعل لم يلتزم الحدود الشخصية للحق، ولذلك يصدق عليه أن قد انطوى على تجاوز الحق.

وتتفق المادة ١٨٢من قانون العقوبات السوري في الصياغة مع المادة ٥٤ من قانون العقوبات الأردني . أما قانون العقوبات الليبي فلم يذكر هذا الشرط مكتفيا بقوله أن لا عقاب اذا وقع الفعل ممارسة لحق في المادة ٦٩ منه فهذا القانون لم يحدد بذلك شروط الاباحة، انما اكتفى بالاحالة الى القواعد العامة، التي تعتبر حسن النية أحد هذه الشروط .

وقد سار على هذا النهج قانون العقوبات السوداني فاكتفى بنفي الجريمة اذا كان القانون يبرر المتهم في فعله المادة ٤٤.

ب– مبدأ حسن النية في قانون العقوبات المصري:

لم يُعرف التشريع المصري حسن النية، ولكن هناك مواد عديدة في قانون العقوبات تشير اليه مستعملة أحيانا عبارة "حسن النية" أو "بنية سليمة" ، كما أن

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، النظرية العامة للإباحة – استعمال الحق ، المرجع السابق، ص ٨٩.

بعض مواد هذا القانون تحتوي على المعنى العكسي لحسن النية في عبارات "سوء القصد" أو "سوء النية" أما الفقه فقد تناول هذا المعنى مرارا إلا أنه لم يبين مفهومه بوضوح ولهذا ما زالت الحاجة قائمة الى مزيد من الدراسة.

أما القضاء فقد ساهم بنصيب في بيان معنى حسن النية ورسم حدود. ونبين فيما يلي هذه الفكرة في كل من التشريع والقضاء والفقه.

١ - مبدأ حسن النية في التشريع:

تضمنت بعض مواد قانون العقوبات فكرة حسن النية كشرط ضمن الشروط التي تؤدي اما الى اباحة الفعل واما الى تخفيف العقوبة ، فمن قبيل المواد التي تجعل من مبدأ حسن النية أحد شروط الاباحة المادة ٦٠ عقوبات، اذ تقضي بأنه " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة" وكذلك المادة ٦٣ عقوبات حيث قضت في فقرتها الثانية أنه لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميري في الاحوال الآتية. ثانيا: اذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين واعتقد ان اجراءه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري وانه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقوله، وتنص ايضا المادة ٣٠٢ عقوبات في فقرتها الثانية على أنه " ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة اذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى اعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط اثبات حقيقة كل فعل أسند اليه. ولا يقبل من القاذف اقامة الدليل لاثبات ما قذف به الا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة وكذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٤ عقوبات من أنه لا يحكم بعقاب القذف " على من أخبر بالصدق وعدم سوء القصد الحكام القضائيين أو الاداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله".

أما المواد التي أستعمل فيها حسن النية كشرط للتخفيف، منها المادة ٢٠٤ عقوبات وتقضي بأن " كل من قبل بحسن نية عمله مقلده أو مزيفه أو مزوره ثم تعامل بها بعد علمه بعيبه يعاقب بالحبس" وكذلك المادة ٢٥١ عقوبات والتي تنص على أنه لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع أثناء استعماله اياه دون أن يكون قاصدا احداث ضرر أشد مما يستلزم هذا الدفاع ومع ذلك للقاضي اذا كان الفعل جناية ان يعده معذورا.

٢-مبدأ حسن النية في القضاء:

استلهم القضاء قصد المشرع في استخلاص حسن النية فجاءت أحكامه متفقة مع خطة المشرع في هذا الشأن.

ومبدأ حسن النية هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع تتمتع محكمة الموضوع فيها بحرية تقدير واسعة للظروف والملابسات التي تحيط بكل حالة على حده، ولهذا حكم بأن لقاضي الموضوع أن يفصل نهائيا فيما اذا كان سوء القصد متوفرا عند المتهم من عدمه وليس مقيدا بقواعد اثبات خاصة، كضرورة وجود عداء بين المجني عليه والمتهم، بل أن سوء القصد يمكن استنتاجه من ظروف الدعوى والقرائن - ولا يعفى القاذف من العقاب لكونه نقل الاخبار التي ذكرها من غيره من الناس او من الجرائد [(١)]، وحكم بأنه يجب لتطبيق المادة ٣٠١ عقوبات أن يحصل الانتقاد بطريقة معتدلة ولخدمة المصلحة العامة [(٢)]، لا أن يكون الباعث شفاء ضغائن واحقاد شخصية. وحكم بأن المتهم يستحق الادانة اذا كانت العبارات المنسوبة اليه قاذفة وجاءت باسلوب عام لا تبرز فيه واقعة معينة بالذات، واذا كان من شأن صفة التعميم التي استعملها التشهير الصريح، فإنه في هذه الحالة لا يقبل القول بحسن نيته" [(٣)] وادين غفير أطلق مقذوفا ناريا على

---

(١) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٤م ، مجلة الشرائع س٢ ص ١١٤.

(٢) انظر عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق ص ٤٠٤.

(٣) نقض ٦ مارس سنة ١٩١٥م، المجموعة الرسمية س ١٦ ص ١٥٥.

سائق احدى صيادي السمك لارهابه ظاناً أنه لص ولم يكن في ظروف الواقعة ما يدعوه الى الظن، وقالت محكمة النقض في ذلك أن القانون يشترط لتبرير فعل الموظف فوق أن يكون حسن النية التحري والتثبت. [١] وأدين شرطي مرور بالقتل خطأ لاطلاق عيارين نارين على سيارة لم يمتثل قائدها لأمر الوقوف للتفتيش وادعى الشرطي المتهم ان هناك تعليمات تسمح له بضرب اطار عجلة السيارة في حالة الاشتباه، لكن لم يثبت وجود هذه التعليمات وقالت المحكمة انه لا يغني الاعتقاد للموظف بصدور الامر عن حقيقة صدوره فعلا، والتثبت من صدور الامر لا غنى عنه لتوافر حسن النية [٢] وحكم بأن المتهم قد تجاوز بحسن نية حدود الدفاع الشرعي اذا كان قد سرق غيطة في الليالي السابقة على الحادث ، ثم رأى في ليلة الحادث المجني عليه مع آخر بجوار غيطه، فاعتقد انهما المعتادان سرقته، فبادر بطعن المجني عليه بسكين ادت الى وفاته. [٣]

٣-مبدأ حسن النية في الفقه:

في الواقع ليس هناك خلاف بين الفقهين المصري والفرنسي في تصوير مبدأ حسن النية، ، فكلاهما يراه عبارة عن انتفاء القصد الجنائي: ذلك أن القصد هو ارادة متجهة الى مخالفة القانون، أي متجهة الى الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون ، فمن انتفت هذه الارادة لديه فلم يكن مستهدفا مخالفة القانون والاعتداء على حق، فقد انتفت لديه "النية السيئة" وتوافر لديه " حسن النية" ويلاحظ أنه لا يحول دون توافر حسن النية اقتران الفعل بخطأ غير عمدي كأساس للمسئولية

---

(١) نقض ١٤ مارس سنة ١٩٣٢م ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٢ رقم ٣٢٣ ص ٤٨١.

(٢) نقض ١٠ مارس سنة ١٩٣٥م ، قواعد النقض ، ج٣ ، رقم ٣٤٧ ، ص ٤١٧.

(٣) نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٥٧م ، قواعد النقض ، س ٥، رقم ٢٠، ص ٧٦.

الجنائية، فحسن النيـة ينفـي المسئوليـة العمديـة ولكنـه قـد لا ينفـي المسـئولية غير العمدية. [١]

ويبرر هـذا التصويـر لمبدأ حسـن النيـة اعتبـارين : الاول هـو أن المنطـق والتفكير السـليم يؤديـان اليـه حتمـا، ذلـك أن أي عمـل يقـترن بحسـن النيـة يعنـــي بالضرورة انتفاء سوء النية. ولما كان سوء النيـة هـو الحالـة الذهنيـة لـدى الفـاعل والتي تستوجب اللوم والمؤاخذه لأنها هي مناط المسئولية العمدية، فـإن القـانون قـد اعتبر قيامها علامة ودليلا على القصد الجنائي.

أما الاعتبار الثاني فهو أحكام القضــاء ، اذ ليسـت الاحكـام القضائيـة سـوى المنطق والتفكير السليم والاستناد الى المبادىء القانونية، ولذلك فالقضاء هـو الـذي أسهم في ابراز هذا التصوير، وهو انتفاء القصــد الجنـائي عنـد وجـود حسـن النيـة ويمكن أن نستخلص، من هذا أن أساس اعتبار قيام حسن النية نافيا لوجـود القصـد الجنائي هو أنهما من الناحية النفسية ضدان لا يجتمعان في وقـت واحـد فـي نفـس واحـدة ، ولكـن ينبغـي أن نلاحـظ أن القـول بـأن حسـن النيـة يعنـي انتفـاء القصـــد الجنائي، ليس تفسيرا لمعنى حسـن النيـة، وأن كـان بيانـا لـدوره وأثـره ، اذ يتعيـن البحث عن تحديد معنى هذه الفكرة ولعل أفضل اسلوب لتحديد ذلك هو النظر اليهـا واعتبارها فكرة قانونية بمثابة مبدأ او قـاعدة عامـة لا يقتصـر تطبيقهـا علـى فـرع بعينه من فروع القانون، بل تطبق في جميع هذه الفروع، نظرا لأنها قاعدة سلوكية تنطوي على مثل أعلى اخلاقي.

وفي هذا الاطار العام أي وحدة الفكرة في كل القوانين يمكن التعـرف علـى كل ملامحها وتحديدها، ولعل هذا هو الوضـع الطبيعـي وهـو كذلـك الوضـع الـذي يؤيده الواقـع.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسـني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٩٠، وانظر ايضا القصد الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، س ٢٨ ، ص ١٢٠.

فحسن النية هو ضد سوء النيـة أو سـوء القصـد، وأيهمـا عبـارة عـن حالـة ذهنية او تعبير عن ضمير الفاعل وقت ارتكاب الفعل ، فحيثما وردت عبارة سـوء النية أو سوء القصد فهي تعنـى انصـراف النيـة الـى الشـر، وهـو غالبـا مـا يكـون الاضرار بالغير سواء انصب ذلك في صورة غش أو أية صورة اخرى من صور الضرر والايذاء ، اما حسن النية فعلى العكس يعنـي الـتزام الاسـتقامة والاخـلاص وعدم انتواء الاضرار بالغير او الاعتداء على أي حق.

ومن الأحوال التي يقوم فيها حسن النية حالة وقوع الفاعل في غلط أو جهل بالوقائع وقت ارتكاب الفعل. فمثـلا اذا اسـتيقظ صـاحب مـنزل ليـلا علـى صـوت حركة في داخل منزله ثم شاهد شخصا يتنقل داخل المنزل فاعتقد انه لـص فـأطلق عليه النار ثم اتضح انه خادمه ، يعد صاحب المنزل فـي هـذه الحالـة قـد وقـع فـي غلط ينفي معه القصد الجنائي لحسـن نيتـه وتنتفـي المسـئولية الجنائيـة أيضـا غـير العمدية اذا كان هذا الغلط مبنيا على أسباب معقولة.

وعلى ذلك فان فكرة حسن النية لا تلعب دورها بصفة مطلقة، أي لا يترتب عليها أثرها من اعفاء من المسئولية او التخفيف منها لمجـرد قيـام هـذه الحالـة فـي ذهن الفاعل : " ذلك لأن حسن النية مقيد بشروط اخرى مضافة اليـه وهـي التثبت والتحري [١] قبل اقتراف الفعل، فضلا عن ذلك ان يكون اعتقاده مبنيا على أسـباب معقوله.

اذن حسن النية عبارة عن فكرة واحدة في كل فروع القـانون، اذ يتجـه كـل من القـانون الجنـائي والقـانون الاداري الـى القـانون المدنـي لاسـتلهام هـذه الفكـرة والوقوف على حدود تطبيقها، وحسن النية من كليات القـانون وأنـه يسـتخلص مـن ظروف كل دعوى وأنه لذلك يخضع لرقابة محكمة النقض. [٢]

ومما يقوي الحجة بأن هذه الفكرة واحدة ذلك التشابه بين عديد من الأحكـــام

---

(١) انظر عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، ص ٣٥٤، الدكتور علي أحمد راشد ، مبادىء القانون الجنائي ، المرجع السابق ص ٥٠٩.

المدنية والتجارية في شأن استخلاص حسن النية من ظروف كل دعوى.

وعلى أية حال فان حسن النية يعني أساسا حسن القصد ويعفي صاحبه من المسئولية الجنائية العمدية دون المسئولية المدنية وان كان يمكن مراعاته للتخفيف من قدر الخطأ فيما يقضي به من تعويض، اذ ان نية الاضرار تكفي وحدها في صدد استعمال الحقوق لوجوب التعويض ، وانتفاء نية الاضرار أي اثبات حسن النية يمكن به أن تنتفي المسئولية الجنائية العمدية ، على أن المتعاقد الذي ينتفي لديه حسن النية يمكن مساءلته مدنيا على أساس المسئولية العقدية، باعتبار أن حسن النية يعد اخلالا بذلك الالتزام العقدي الذي يوجب توافره في تنفيذ العقود. (١)

ونشير في هذا السياق الى ما يجب عن تقدير حسن النية او تحديدها من مراعاة الخصائص الشخصية للمرء الصادر عنه الفعل، اذ انها تعتبر من الظروف الخارجية التي يجري القياس عليها في مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه، وذلك أن حسن النية يتصل مباشرة بنفسية المرء ودخيلة نفسه.

---

(١) انظر حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، المرجع السابق، ص ٩٤.

الفصل الثالث

مدلول مبدأ حُسن النية في الشريعه الاسلامية

تمهيد وتقسيم:

لقد عرفت الشريعة الاسلامية من الحسن والسوء قبل الانظمة الوضعية، وسوف نبين فيما يلي هذا المبدأ في الشريعة الغراء من حيث مدلوله وخصائصه.

المبحث الأول

مدلول حسن النية في الشريعه الاسلامية

يعتبر حسن النية في التصرفات مركبا اضافيا من جزئين هما : " حسن " ونية، ونبين تعريف كل منهما على النحو التالي:

اولا: تعريف الحسن:

الحسن لغة من حسن الشيء تحسينا، أي زينه وجمله، ويقال حسن الشيء حُسنا، واحسن اليه وبه، والحسنة ضد السيئة ، والمحاسن ضد المساوىء" [١]

وقد ورد لفظ حُسن بمشتقاته في القرآن الكريم بمعان لا تبعد كثيرا عن المعنى اللغوي ، فقال سبحانه وتعالى: " ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال انني من المسلمين" [٢] وقال الحق عز وجل: " للذين أحسنوا الحسنى وزيادة" [٣] وقال سبحانه وتعالى: " وأحسن كما أحسن الله اليك

---

(١) راجع مختار الصحاح ، طبعة دار الحديث ، باب الحاء والسين و ص١٣٦، وانظر أيضا في هذا المعنى المصباح المنير ، المطبعة الأميرية، الطبعة الرابعة، باب الحاء مع السين والنون.

(٢) سورة فصلت : الأية رقم ٣٣.

(٣) سورة يونس : الأية رقم ٢٦

ولا تبغ الفساد في الارض ان الله لا يحب المفسدين :" [١] وقال جل شأنه:" وأحسنوا ان الله يحب المحسنين" [٢] وقال عز شأنه:" الله يأمر بالعدل والاحسان" [٣] وقال سبحانه وتعالى:" ادفع بالتي هي أحسن". [٤]

وقد جاء كلمة الحُسن بمشتقاته في السنة النبوية الشريفة فقال الرسول عليه الصلاة والسلام :" ان الله كتب الاحسان في كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته". [٥]

وقال عليه الصلاة والسلام :" اتق الله حيثما كنت واتبع السيئة الحسنة تمحها وخالق الناس بخلق حسن". [٦]

وعلى ضوء ما سبق يمكننا القول : ان الحُسن كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود وممدوح. والسوء كلمة تدل على كل ما هو قبيح ومذموم. [٧]

ثانيا: تعريف النية:

يراد بالنية في لغة العرب القصد، فالعرب يستعملون النية والقصد بمعنى واحد، فيراد بالقصد في لغة العرب، العزم والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال او جور، والنية: مصدر نوى الشيء ينويه نية ونواه، واصلها نويه بكسر النون وسكون الواو.

---

(١)سورة القصص الآية رقم ٧٧.

(٢) سورة البقرة : الآية رقم ١٩٥.

(٣)سورة النحل الآية رقم ٩.

(٤) سورة فصلت الآية رقم ٢٤.

(٥)اخرجه مسلم الصحيح ١ طبعة دار احياء التراث العربي.

(٦) اخرجه الترمذي من رواية سفيان الثوري عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن ابي شعيب عن أبي ذر، راجع جامع الكلام الحكم ص ١٨٩.

(٧) انظر المهذب ، لأبي اسحاق الشيرازي، دار الفكر ١/١٤.

وقد ذهب الفقهاء في تعريف النية الى تعريفات تدور جميعها حول المعنى اللغوي وهو القصد.

فيرى الحنفية أن النية في اللغة هي عزم القلب على الشيء، اما في الشرع هي قصد الطاعة والتقرب الى الله.

ويعرف المالكية النية بأنها قصد الانسان بقلبه ما يريده.

ويقول ابن عرفه أحد فقهاء الحنفية أن النية هي القصد الى الشيء، وهي من باب القصور والارادات لا من باب العلوم والاعتقادات.

ويرى كل من الشيرازي والنووي في مذهب الشافعية أن النية هي القصد الى الشيء والعزيمة على فعله.

ويرى ابن قدامه في مذهب الحنابلة أن النية هي القصد.

والخلاصة أن النية عند جميع الفقهاء لا تخرج عن القصد وعزم القلب على فعل شيء في الحال أو في المآل.

المبحث الثاني

طبيعة حسن النية في الفقه الاسلامي

يتسم مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الاسلامي بالسمات والخصائص التالية:

أولا: **حسن النية ذو طبيعة ذاتية:**

يعتبر مبدأ حسن النية من التصرفات ذا طبيعة ذاتية بحسب الأصل، لأن الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الارادي والنية محلها القلب، فهي من الأمور الذاتية الخفية التي لا يعلمها الا الله تعالى، ووصفها بالحسن أو بالسوء يأخذ ذات الطبيعة الخاصة بالنية، وهي الذاتية ، وكما تقوم قرائن على وجود النية

من عدم وجودها تقوم كذلك القرائن على وصفها بالحسن أو بالسوء. [١]

ثانيا: حسن النية موقف عمدي:

يعتبر حسن النية في التصرفات موقفا عمديا، لأن النية قصد وعـزم وقـرار يتخذه صاحبها [١] فقصد الامانة والاخلاص. والصدق في التصرفات تعتبر مواقفـا عمدية يقصدها المتصـرف كمـا أن الخيانـة والغش والتغرير تعتبر كذلك مواقفا عمدية يقصدها المتصرف عند تعامله بعد عزمه عليها ومن ثم كان وصف القـرار الخارجي، من وصف النية الدافعه اليه فان كانت حسنة كان حسنا، وان كانت سيئة كان سيئا وذلك تطبيقا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام :" إنما الأعمـال بالنيـات وإنما لكل امرىء ما نوى".

ثالثا: ارتباط حُسن النية بقواعد الاخلاق:

يعتبر حُسن النية مبدأ اخلاقيا، ومن انتقده من رجـال القـانون قـال انـه مبـدأ اخلاقي، والقانون لا يتعامل مع مثاليات وانما يتعـامل مـع حقـائق واقعـة، فالقـانون يفصـل بيـن قواعد الاخـلاق والقـاعدة القانونيـة ولكـن فـي التشـريع الاسـلامي لا يتصور هذا النقد، لأن قواعد التشريع الاسلامي لا تفصل بين قواعد الدين وقواعـد الاخلاق ، فالاخلاق تعتبر جزء من التشريع الاسلامي. فيقول الرسـول الكريـم: " إنما بعثت لأتمم مكارم الاخلاق".

رابعا: حُسن النية في التصرفات مبدأ خاص بصاحبه:

يعتبر مبدأ حُسن النية في التصرفات مبدأ خاصا بصاحبه، ومن ثم لا يمكـن تقديره الا بالرجوع الى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه النية.

---

(١) انظر الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات ، المرجع السابق، ص ٩٣.

الباب الثاني
مبدأ حسن النية في الاباحة

تمهيد وتقسيم:

يتوقع من كل انسان آن يستعمل حقه بحسن نيه ذلك لأن صاحب الحق متى ساءت نيته انحرف به عن حكمة تقريره، وهكذا ابتعد عن دائرة الاباحة، ولكن ليس سهلا دائما التاكد من حالة النية ونعتها بأنها حسنة أو سيئة، وليست هذه الصعوبة ناشئة فقط من كون النية أمرا مكنونا في اعماق النفس لا يعرفه مخلوق سوى صاحبها، بل ان العلاقات الخارجية وان توفرت قد لا تكفى لاثبات ما تنطوي عليه النفس، باعتباره هو الحقيقة المطلقة وازاء ذلك يضطر القانون أن يكتفي بالظاهر عجزا أن يصل الى حقيقة السرائر.

ويمكن تقسيم هذا الباب الى فصلين على النحو التالي:

الفصل الاول: وتتناول فيه مبدأ حسن النية ونظرية الاباحة.

الفصل الثاني: ونخصصه لدراسة مبدأ حسن النية وأسباب الاباحة.

الفصل الاول
دور حسن النية في نظرية الاباحة

تقسيم:

تحديد دور حسن النية في نظرية الاباحة تقتضي أن نبين مفهوم الاباحة وأساسها وطبيعتها وذاتيتها، والغلط في الاباحة و الجهل بها وتجاوز حدودها.

المبحث الاول
مفهوم الاباحة

تقسيم:

ويمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول مفهوم الاباحة في الفقه الاسلامي، ونبين في التلي مفهوم الاباحة في القانون الوضعي.

المطلب الاول
مفهوم الاباحة في الفقه الاسلامي

تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية لفكرة الاباحة بمناسبة بيان الحكم في اعمال المكلفين المخاطبين بأحكام الشرع، وعندهم تنقسم هذه الاعمال الى قسمين: حلال وحرام لأن الله تعالى: " يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " (١) ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام

---

(١) سورة الاعراف : آية رقم ١٥٧.

" المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا او حلل حراما" ويقول عليه الصلاة والسلام ايضا الحلال بيّن والحرام بيّن هذا والحلال عندهم مراتب كما أن الحرام ايضا مراتب، أما الاباحة فهي من الحلال، وهي أثر من اثار الحكم الشرعي، ويعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الاباحة بأنها ضد الخطر ، وأن المباح ما أجيز للمكلفين فعله او تركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب [١] وقد عرف بعض الاصوليين المباح بأنه " هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير صرح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك". [٢]

فالاباحة توحى بأن الحكم الشرعي، وقد أدخل الفعل في دائرة الحلال او دائرة الجائز شرعا، فانه يقف بعد ذلك موقفا سلبيا ، فلا يترتب على الفعل ثوابا أو عقابا، وهذا معناه ان للانسان مطلق الحرية في أن يأتي الفعل أو يتركه، وهذا ما جعل بعض الفقهاء يعرف الاباحة بأنها حق أو اذن.

والاصل في الشريعه الاسلامية أن الافعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأي استثناء من هذا الاصل ان يبيح بعض الافعال المجرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ، لأن ظروف الافراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الاباحة وهكذا استوجبت طبيعة الاشياء وصالح الافراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع أن يعطي لبعض الافراد حق ارتكاب الافعال المحرمة على الكافة. [٣] والاباحة في الفقه الاسلامي نوعان اباحة اصلية وتعني الجواز والاذن للعباد أن يأتوا ما يشاءون من الافعال اللازمة لحياتهم ومعاشهم ومختلف حاجاتهم كالاكل والشرب والتجارة والبيع والشراء فيقول الحق عز وجل" هو الذي جعل

---

(١) انظر عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحه ، المرجع السابق ص ٢٨٤.

(٢) انظر فضيلة الشيخ محمد سلام مدكور ، الاباحة عن الاصوليين ص ٨٥.

(٣) انظر فضيلة الاستاذ عبد القادة عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الاول ص ٤٩٦.

لكم الارض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه "[١] اما النوع الثاني هي اباحة استثنائية ، وتعنى الاذن باتيان الفعل استثناء من اصله الثابت وهو الحظر والنهي كما في قول الله سبحانه وتعالى : " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق "[٢] وقول الحق أيضا: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم". [٣]

والخلاصة أن الشريعة الاسلامية تعرف نوعين من الاباحة ، اصلية وهي الاذن بالفعل ابتداء دون أن يسبقه نهي، واباحة استثنائية بمعنى اخراج الفعل المحظور أصلا من دائرته برفع الخطر عنه، ثم الاذن به لعله او حكمة خاصة.

---

(١) سورة الملك الآية رقم ١٥.
(٢) سورة الإسراء الآية رقم ٣٣.
(٣) سورة البقرة الآية رقم ١٩٤.

المطلب الثاني
مفهوم الإباحة في القانون الوضعي

لم يتحدث شراح القانون الوضعي عن فكرة الاباحة كما تحدث فقهاء الشريعة الاسلامية، ولكنهم افاضوا في الحديث عن ما يسمى (اسباب الاباحة) وهي حالات انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الافعال [١] وأسباب الاباحة عنصر في الركن الشرعي للجريمة، وهي على وجه التحديد عنصره السلبي، اذ يلزم انتفاؤها كي يتحقق لهذا الركن وجوده. وتوضيح ذلك أن الركن الشرعي هو الصفة غير المشروعة للفعل وهذه الصفة تفترض امرين: الاول هو خضوع الفعل لنص تجريم، والثاني هو عدم خضوعه لسبب اباحة، وعلى هذا النحو تمثل اسباب الاباحة قيودا ترد على نص التجريم فتخرج من نطاقه افعالا كانت خاضعة له.

والجريمة فعل غير مشروع [٢] فلا قيام لجريمة اذا كان الفعل مشروعا ويكتسب الفعل الصفة غير المشروعة اذا خضع لنص تجريم ينهي عنه ويقرر من اجله عقوبه: فالاعتداء على الحياة فعل غير مشروع لانه يخضع للنصوص التي تجرم القتل وتحدد له عقابا، والاعتداء على سلامة الجسم فعل غير مشروع لانه يخضع للنصوص التي تجرم الجرح والضرب واعطاء المواد الضارة وتقرر له عقابا.. ولكن الصفة غير المشروعة التي يكتسبها بخضوعه لنص التجريم ليست مستقرة، اذ هي قابلة للزوال اذا عرض للفعل سبب يرخص به استثناء او يوجبه.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات القسم العام، طبعة ١٩٦٩ ص ١٣٧.

ومن ثم فان الصفة غير المشروعة، سبب يرخص بـه استثناء أو يوجبه. ومـن ثـم فان الصفة غير المشروعة لا تثبت للفعل على نحو نهائي.

ويعرف الفقه الفرنسي نوعين من الاباحة : اباحة بالمعنى الواسع وتتمثل في الحرية الفردية ، ومضمونها هو أن يأتي الشخص كل فعل لم يحرمه القانون". [١]

والإباحة بمعناها الواسع تتطابق مع مبدأ الحرية الفردية فتتبع عنها الحقوق والحريات العامة في مجال القانون العام كما تتبع عنها أيضا سائر الحقوق في مجال القانون الخاص - وهذا ما يعبر عنه الفقه في القانون المدني بالحرية المدنية، وهذه الاخيرة تسمح لكل انسان ان يفعل ما يشاء طالما لم يحظره القانون. [٢]

اما الاباحة بالمعنى الضيق، فهي تعني اخراج فعل من العقاب استثناء بسبب وقوعه في ظروف خاصة.

وقد توصل القضاء والفقه الفرنسي الى استخلاص الاباحة من نص المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات وهي تقضي بأن " لا جناية ولا جنحة اذا كان القتل والجروح والضرب قد أمر به القانون وطلبته السلطة الشرعية".

ويرى الفقه الفرنسي أن نص المادة المذكورة وأن ورد بحسب منطوقه خاصا بحالات القتل والجرح والضرب الا انه يعتبر ضمنا اساسا لقاعدة عامة تبيح كل الجرائم الاخرى.

وعرف القانون الانجليزي الاباحة بمفهومين الموسع والضيق، حيث يستخلص الاباحة بالمعنى الواسع من قواعد الدستور ومن العرف الدستوري وهي نتيجة لمبدأ الحرية الفردية.

أما الاباحة بالمعنى الضيق فهي عدم تطبيق العقوبة على من ارتكب الفعل في ظروف خاصة، وهذا معناه اخراج الفعل المرتكب استثناء من سلطان النص.

(١) George Del Vicchio' Philosophie de Droit P. 256

(٢) Bouzrat , Tr. Theorique et piali ue de Droit P. 208. Donnedieu de Vabres, p. 237.

المبحث الثاني
أساس الاباحة

لم يجمع الفقه على رأي واحد حول اساس الاباحة.. ونكتفي ببيان اهم هذه الآراء على النحو التالي:

أولا: فكرة استعمال الحق:

يرى فريق من الفقه أن أسباب الاباحة ترجع الى أصل واحد هو استعمال الحق[١] ويعني ذلك أنه لا محل لاباحة فعل الا اذا ثبت أنه وسيلة لاستعمال حق، ومن ثم لا يكون محل لقيام سبب للاباحة في غير حالات استعمال الحق. ويعيب هذا الرأي أن الفكرة التي يستند اليها لا تتسع لكل اسباب الاباحة . فبعضها كاستعمال الموظف العام سلطته يقوم على فكرة أداء الواجب [٢] أو في تعبير أدق يقوم على فكرة مباشرة الاختصاص، وهذه الاخيرة لا تتجمع لها عناصر الحق، اذ ليس الاختصاص مقررا لمصلحة الموظف، وليس له أن ينزل عنه، وهو مسئول إن يستعمله، وفي أغلب الاحوال ليس له أن يتصرف في كيفية مباشرته بل يتقيد في ذلك بقواعد يحددها القانون ".

كما أن هذا الرأي لا يكشف في النهاية عن العلة في اعتراف الشارع ببعض الحقوق وارتقائه بها الى الحد الذي يعلو على نصوص التجريم. [٣]

---

(١) انظر الدكتور علي را شد ، مبادىء القانون الجنائي ص ٣٠، الدكتور رؤوف عبيد ، القانون الجنائي القسم العام الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥م ص ٤١٠.

(٢) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، قانون العقوبات القسم العام سنة ١٩٦٢م ص ١٦٧.

(٣) راجع الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية المرجع آلسابق ص ١٩.

ثانيا: أسباب الاباحة وسائل ملائمة لادراك غرض مشروع:

ويقصد بهذه الفكرة، كأساس لتقرير الاباحة، ان الشارع اذا اعترف بغرض معين فهو يبيح كل الوسائل الملائمة لادراكه، ولو كانت في الاصل غير مشروعة، فمثلا يحرم القانون على الناس كافة افعال الايذاء او الضرب، ولكنه استثناء من ذلك يقرر شرعية الضرب الذي يوقعه الزوج على زوجته باعتباره غرضا يحقق مصلحة المجتمع بصلاح الاسرة، كذلك يبيح القانون العلاج وان كان يترتب عليه المساس بجسم الانسان وذلك باعتبار ان هذا العلاج وسيلة ملائمة لتحقيق الشفاء واسترداد صحة الانسان [1] فهو اذن غرض مشروع ويعيب هذا الرأي بالرغم من سلامته الظاهرة هو الغموض، فلم يحدد أصحابه الضابط الذي يستند اليه الشارع في اعترافه ببعض الاغراض دون البعض، ولم يحدد ايضا المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه للقول بأن الفعل وسيلة ملائمة لادراك غرض اعترف به الشارع [2].

ثالثا: المصلحة المعتبرة كأساس للاباحة:

يرى جانب من الفقه ان الاساس الحقيقي الذي تقوم عليه الاباحة هو حماية مصالح معتبرة للافراد وللمجتمع ذلك أن هدف نصوص التجريم هي حماية مصالح معتبرة للافراد ، فقد تقع الجريمة في ظروف لا يصح معها تطبيق نص التجريم، لأن هذا التطبيق لا يحقق في تلك الظروف الغرض المقصود منه وهو حماية مصلحة معتبرة، أو لأن اباحة الجريمة تحقق مصلحة اولى بالاعتبار.

ويتبين من هذا التناسق بين نصوص التجريم ونصوص الاباحة، فالاولى تحقق هدفا معينا وتحول نصوص الاباحة دون تطبيق نصوص التجريم اذا ارتكبت

---

(١) Liszt and Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1932 s. 187.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني – اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، ص ١٩.

الجريمة في ظـروف لا يتحقق معها الهدف المقصود من التطبيق. [١]

ويقضـي المنطـق القـانوني بوجـود ارتبـاط وثيـق بيـن علـة التجريـم وعلـة الاباحة، بحيث يمكن استخلاص الثانية من الاولى: ذلك ان توافر علة التجريم يعني اسباغ الصفة غير المشروعة على الفعل، وطالما ظلت هذه العلة متوافرة، فالصفـة غير المشروعة تظل ثابتة للفعل، ولا يكون محل للقول بوجود سبب اباحـة يسري عليه، وعلى هذا النحو، فان سبب الاباحة غير متصور ما لم يعرض لعلـة التجريـم ما يؤثر عليها فتفقد قوتهـا، وبذلـك لا تتولـد عنهـا الصفـة غير المشـروعة، فيكـون متصورا وجود سبب الاباحة.

فعلة الاباحة كامنة في التأثير على علة التجريـم. وعلـة التجريـم هـي حمايـة مصلحة أو حق يراه الشارع جديرا بالحماية الجنائية، ومن ثم كان محل التجريم هو الفعل الذي يولد اعتداء على هذه المصلحة او الحق. فعلة تجريـم القتـل هـي حمايـة الحق فـي الحيـاة، وعلـة تجريـم الضـرب او الجـرح هـي حمايـة الحـق فـي سـلامة الجسم، وعلة تجريم الخطف أو القبض أو الحبس دون وجه حق هـي حمايـة الحـق في الحرية، وعلة تجريم الاغتصاب أو هتك العرض هـو حمايـة الحـق فـي صيانـة العرض، وعلة تجريم السرقة هي حماية حـق الملكيـة، وعلـة تجريـم الـتزوير هـي حماية الثقة العامة في المحررات. [٢]

---

(١) انظـــر الدكتـــور محمود محمود مصطفى – شرح قـانون العقوبـات ، القسم العام، المرجـع السـابق ص ١٢٦.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ١٦.

المبحث الثالث
طبيعة الاباحة

تبين لنا مما سبق عرضه أن أسباب الاباحة بمثابة قيود تحد من اطلاق نصوص التجريم ، أي انها ذات علاقة بالركن الشرعي، اذ يترتب على تواجدها انتفاء هذا الركن، وهذا الوضع لأسباب الاباحة جعلها تتصف بالطبيعة الموضوعية.

ولكن التمادي في اطلاق هذا الوصف يقود الى نتائج غير سليمة، وهو ما جعل غالبية الفقهاء يؤكدون أن تلك الاسباب تشتمل على عنصر شخصي يعبر عنه (بحسن النية) وهو ما.فعله كثير من التشريعات العربية.[١]

والحقيقة أن فكرة العنصر الشخصي في الاباحة قد حظيت بقبول متزايد في الاوساط الفقهية مؤخرا بفضل ذيوع النظرية الشخصية في التجريم، ويشير بعض الباحثين الى أن الاتجاه الفقهي في ايطاليا والمانيا وسويسرا يناصران هذا الاتجاه الا انه يمكن التمييز في حدود هذا المذهب - بين اتجاهين:

الاول: يجعل العنصر الشخصي في الاباحة منوط بنص صريح في القانون فاذا تخلف هذا النص فلا مجال لذلك العنصر، بحجة أن الاصل في الاباحة الطبيعة الموضوعية، وانما يوجد العنصر الشخصي استثناء حيث يقرره النص الصريح، وهذا هو رأي الغالبية العظمى من الشراح في مصر [٢].

---

(١) . من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري والمادة ٢٩ من قانون العقوبات اليمني، والمادة ١٨٣ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ٥٤ من قانون العقوبات الاردني، والمادة ٢٨ من قانون العقوبات الكويتي، والمادة ١١ من قانون العقوبات البحريني.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى القسم العام – المرجع السابق ص ١٥٩ رقم ٩ الدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق رقم ١٠٣ ص ١٦٤ الدكتور احمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، المرجع السابق، ص ٣١١ ص ١٧٢.

الثاني: يجعل العنصـر البشري ملازما لجميع حالات الاباحة بلا استثناء بحيث لا يصح بحال من الاحوال وجود سبب الاباحة خال من عنصر شخصي، هو ما يعبر عنه (بحسن النية) وهو عنصر مفترض اذا لم يرد عليه النص. [١]

ونحن نعتقد بأن الاباحة تستلزم هذا العنصر، وأن اشتراطه بالنص في موضع من مواضع الاباحة دون آخر لا يعني وجوبه في الاول دون الثاني، لأن هذا الوجوب هو أمر تفرضه الطبيعة القانونية لاسباب الاباحة، كما يفرضه الاساس المنطقي الذي يبرر وجود هذه الاسباب، والنص عليها في صلب القانون ، فاذا كان أساس الاباحة هو رعاية مصالح واهدار اخرى بحجة أن الاولى أحق بالرعاية من الثانية، فان من الصعوبة التسليم بوجود مثل تلك المصالح الجديرة بالرعاية لدى شخص اراد استغلال النصوص القانونية لتحقيق مآرب خاصة غير مشروعة، واذا كانت الصعوبة تكتنف اثبات فكرة حسن النية أو سوئها الامر الذي يجعل هذه الفكرة قليلة الاهمية من الناحية العملية ، فان ذلك لا يصح أن يحول دون تقرير القاعدة السليمة، خاصة وأن الحياة العملية تظهر قيمة هذه القاعدة وأهميتها في مجال الاباحة.

ونحن بهذا لا نقرر بأن حسن النية هو الذي يبرر الفعل من الناحية الجنائية، فحسن النية لا يمثل عنصر الاباحة الوحيد فلا بد من التزام حدودها ذات الطبيعة الموضوعية، إلا أن التزام هذه الحدود وحده لا يكفي بل لا بد من توافر عنصر النية الحسنة ونعتقد ان هذا الرأي لا يخالف كثيرا الرأي السابق الذي يقول به جانب كبير من الفقه الجنائي من الناحية العملية، وذلك أن اسباب الاباحة في القانون واردة على سبيل الحصر، وقد اقترنت - غالبيتها - باشتراط حسن النيـــة،

---

(١) Marangopoulos : Les mobiles du detit, Paris, 1973, P. 218.

وهذا واضح في شأن استعمال الحق، وكذلك أداء الواجب، وهناك - رأى في الفقه المصري يجعل أسباب الاباحة ظروفا شخصية ذات أثر موضوعي [١]، بينما يذهب رأي آخر الى أنها ذات طبيعة موضوعية بحتة، فلا مجال فيها لأي عنصر شخصي، حيث يباح الفعل اذا ما توافرت الشروط الموضوعية للاباحة، سواء حسنت النية أم ساءت. [٢]

---

(١) انظر الدكتور علي راشد ، القانون الجنائي، المرجع السابق ص ٤٩٩.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام، الاتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية- بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الاسكندرية - السنة التاسعة سنة ١٩٩٥ - ١٩٦٠ العددان الثالث والرابع ص ٢٢-٢٩.

المبحث الرابع
ذاتية الاباحة

تمهيد وتقسيم:

قد يرتكب شخص فعلا او امتناعا يمس مصلحة ومع ذلك لا يعاقب لأسباب مختلفة، فقد لا يعد الفعل جريمة، ويدخل في هذا عدم اكتمال العناصر اللازمة لقيام الجريمة. ومع اعتبار الفعل جريمة قد لا يطبق النص، لأنه لا يسري في الوقت او على المكان الذي وقع فيه الفعل أو على من وقع منه لأنه غير مكلف بمراعاة مقتضى النص.

وقد ينطبق النص وتتوافر عناصر المسئولية الجنائية في حق المسئول عن الجريمة ومع ذلك لا يعاقب لقيام سبب من الاسباب القانونية التي تحول دون العقاب. وقد يكون هناك سبب من اسباب الاباحة ، فيعطل نص التجريم أي يمحو عن الفعل في الظروف التي وقع فيها صفة الجريمة فبين هذه الاسباب المختلفة تستقل أسباب الاباحة بطابعها الخاص [١] وبما يترتب على قيامها من آثار، ونبين فيما يلي ما يميزها عن غيرها من الاسباب التي تتفق معها في أثرها وهو عدم توقيع العقاب على مرتكب الفعل او الامتناع، ولكنها تختلف معها من حيث التكييف القانوني الذي تحمله والشروط التي تتطلبها. [٢]

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ١٣٦. الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق ، ص ١٨٠.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق، ص ٤١.

أولا: الاباحة وعدم قيام الجريمة:

يتعين عدم الخلط بين عمل أو امتناع لم ينص على تجريمه وبين عمل او امتناع نص على تجريمه ولكنه يباح لقيام سبب من اسباب الاباحة.

فاسباب الاباحة تطرأ وقت ارتكاب أمر يعده القانون جريمة ، بحيث لو لم يقم السبب وتوافرت الاهلية الجنائية لكان الفاعل مسئولا. أما الامر الذي لا يعده القانون جريمة فهذا مباح بصفة اصلية من الناحية الجنائية، بصرف النظر عن الظروف التي وقع فيها، بحيث لا يكون على القاضي لكي يحكم بالبراءة الا أن يتحقق من عدم النص على تجريم الواقعة المسندة والتفرقة بين الامرين ليست نظرية، انما يترتب عليها نتائج هامة، منها أن العمل أو الاقتناع قد لا يعد جريمة، ومع ذلك ينص القانون على تطبيق اجراء وقائي بسبب ما ينبني عليه الفعل من خطر لدى فاعله، أما سبب الاباحة فينفي بذاته قيام الحالة الخطرة ولا يتصور مع وجوده تطبيق اجراء وقائي لا جدوى منه على الاطلاق، ومن النتائج أيضا أن الفعل أو الامتناع ولو أنه لم يعد جريمة قد يربت مسئولية اخرى غير جنائية، فقد ينطوي على خطأ ويسبب ضررا للغير فيلزم من ارتكبه بالتعويض بناء على المادة ١٦٣ من القانون المدني. أما سبب الاباحة فيحول دون قيام المسئولية من أي نوع [1] لأنه يسقط وصف التجريم عن الفعل ويصبح مباحا.

ثانيا: **الاباحة وعدم تطبيق القانون الجنائي:**

يتفق كل من سبب الاباحة وعدم تطبيق نص القانون الجنائي في أن القانون ينص على تجريم الفعل او الامتناع وفي أن النص لا يسري، ولكن هناك أوجه اختلاف بين الامرين : فيما يتعلق بتطبيق القانون من حيث الزمان،لا يمكن بقانون

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص ١٣٧ الدكتور عثمان سعيد عثمان استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق ص ٣٣٤.

لاحق تجريم فعل لم يكن مجرما وقت ارتكابه ، فسند الاعفاء هو عدم وجود نص التجريم وقت اقتراف الفعل، اما في الاباحة فهذا النص يكون قائما وقت ارتكاب الجريمة ساريا في الظروف العادية وكل ما هناك ان حكمه يتعطل في الظروف الاستثنائية التي يتكون منها سبب الاباحة.. وفيما يتعلق بسريان القانون على المكان، فقد تقع جريمة خارج اقليم الدولة من الجرائم الضاره بمصالحها أو على أحد رعاياها، ومع ذلك لا يسري عليها قانونها اذ ينازعه في ذلك قانون الدولة التي وقعت الجريمة في اقليمها، وتكون له الغلبة، اما في الاباحة فلا يوجد تنازع بين قانون بلدين مختلفين ، وانما تنازع من نوع آخر، هو التنازع بين قاعدتين تنتميان الى قانون واحد، احداهما تجرم والاخرى تبيح [1] فالافضلية في التطبيق تكون لقاعدة الاباحة.

وفيما يتعلق بتطبيق القانون على الاشخاص، يعفى بعض الأشخاص من المحاكمة الجنائية لاعتبارات شخصية. اما الاباحة فلا ترجع في الاصل الى اعتبارات شخصية، بل الى ظروف مادية تبرر الجريمة لأي شخص وجد في هذه الظروف.

ثالثا: الاباحة وموانع المسئولية الجنائية:

موانع المسئولية الجنائية هي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل ارادته غير معتبرة قانونا لانها تجردها من التمييز او حرية الاختيار أو منهما معا، ومثالها صغر السن والجنون والسكر غير الاختياري والاكراه وحالة الضرورة . فموانع المسئولية ذات طبيعة شخصية اذ مجالها ارادة الجاني وينصرف تأثيرها الى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه، وبذلك لا تقوم المسئولية الجنائية ولا يوقع عقاب. ويعني ذلك أنه لا شأن لموانع المسئولية بالتكييف القانوني للفعل وبذلك يظل الركن الشرعي للجريمة متوافرا [2].

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٤٢.

(٢) Stefani et Leuasseur, No. 100. P. 97, Vidal et Magnol I. No. 138, P. 204, Delogue, No. 54. P 130.

ويجمع بين اسباب الاباحة وموانع المسئولية أنه لا يقع في الحالتين عقاب فمن قتل استعمالا لحقه في الدفاع الشرعي، أي مستفيدا من سبب اباحة لا يوقع عليه عقاب، ومن قتل وهو مجنون ، أي مستفيدا من مانع مسئولية لا يوقع عليه كذلك عقاب ولكن على الرغم من هذا التقارب بين أسباب الاباحة ومانع المسئولية فثمة فروق اساسية تميز بينهما، هي: اسباب الاباحة موضوعية اصلا، فتمحو الفعل وتجعله كأن لم يكن ولا يعتبر جريمة أو حتى فعلا ضارا، فتهدم بذلك الركن الشرعي للجريمة، ويمتد تأثيرها في الاصل الى كل من ساهم فيها، اما موانع المسئولية ، فلا شأن لها بالركن الشرعي ، وانما ينحصر تأثيرها على الركن المعنوي فتحول دون توافره، ويقتصر تأثيرها على من توافرت لديه. وترتيبا على ذلك ان الشريك في فعل مباح لا يعد شريكا في جريمة، بينما يسأل شريك عديم الاهلية لان عدم الاهلية سبب شخصي[1] لا يؤثر على غير من يقوم به، وتحول الاباحة دون تطبيق أي تدبير وقائي ، بينما لا يحول دون ذلك قيام عارض من عوارض الاهلية الجنائية. ولما كان سبب الاباحة يمحو الفعل ونتائجه فان مع قيامه لا تترتب على الفعل مسئولية من أي نوع، فلا يسأل الفاعل أو شريكه عن تعويض الاضرار المترتبة على الفعل ، اما مانع المسئولية فلا يمحو الفعل ولا نتائجه الضارة، فيبقى باب المسئولية المدنية مفتوحا. وقد يقضي بالتعويض على الفاعل اذا كان مميزا، او كان غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه او تعذر الحصول على تعويض من المسئول المادة ٦٤ من القانون المدني وقد يقضي بالتعويض على من يجب عليه قانونا او اتفاقا رقابة من وقع منه العمل الضار ولو كان غير مميز المادة ٣٣ من القانون المدني.

ونلاحظ أنه ليس في المنطق القانوني ما يحول دون أن يجتمع سبب الاباحة ومانع المسئولية كما لو دافع مجنون عن نفسه أو عن غيره دفاعا شرعيا، والعقاب لا يوقع بداهة استنادا الى السببين ، ولو أن اقتناع القاضي بتوافر سبب الاباحة يجعله في غنى عن البحث من مانع المسئولية.

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٢٥٠٦ الدكتور مأمون محمد سلامه ، قانون العقوبات، القسم العام ، المرجع السابق ص ٢٣٥.

رابعا: الاباحة وموانع العقاب:

تفترض موانع العقاب توافر أركان الجريمة ، الا أن المشرع يقدر أن المصلحة التي يحققها توقيع العقاب اقل من حيث القيمة الاجتماعية عن المصلحة التي تتحقق اذا لم يوقع العقاب، فسند امتناع العقاب ليس انتفاء احد اركان الجريمة، وانما اعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب، وتتحقق هذه المنفعة في تشجيع الجاني على الكف عن التوغل في الاجرام، او في تشجيعه على كشف الجريمة للسلطات او الارشاد عن زملائه فيها. ومثال ذلك الاعفاء التي قررته المادة ١٠٧ مكرر عقوبات. للراشي او الوسيط في الرشوة اذا اخبر السلطات بالجريمة او اعترف بها، وكذلك الاعفاء الذي كانت تقرره المادة ٢٩١ عقوبات قبل الغاءها للخاطف اذ تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا.

وتتفق موانع العقاب مع موانع المسئولية الجنائية في أن كل منهما لا ينفي الحالة الخطرة ولا الضرر المترتب على الفعل، ولا يستفيد من الاعفاء في كل منهما الا من قام به المانع او السبب المعفي. ويصح النص على تطبيق تدبير وقائي في كل منهما، ويصح الحكم على المعفي بتعويض الضرر، ويحكم بالعقوبة على باقي المساهمين فاعلين أو شركاء.

أما اسباب الاباحة وان كانت تتفق مع كل من موانع المسئولية وموانع العقاب في عدم توقيع العقاب، الا انها تختلف معهما في أن اسباب الاباحة كما ذكرنا موضوعية وليست شخصية وتمحو وصف التجريم عن الفعل ويستفيد منها كافة المساهمين في الجريمة فاعلين أو شركاء في انتفاء المسئولية جنائية كانت أم مدنية.(١)

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق ص ١٤٢.

المبحث الخامس
مبدأ حسن النية والغلط في الاباحة والجهل بها وتجاوز حدودها

تقسيـم:

يمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول: ونتناول فيه الغلط في الاباحة

المطلب الثاني: ونخصصه لدراسة الجهل بالاباحة

المطلب الثالث: ونبين فيه حكم تجاوز حدود الاباحة.

المطلب الاول
مبدأ حسن النية والغلط في الاباحة

أولا: **مفهوم الغلط في الاباحة:**

الاصل أن صاحب الحق يستفيد من الاباحة عندما يمارس حقه وهو مدرك وعالم بحقيقة الفعل الذي ارتكبه، وذلك لأن الاباحة انما تقررت لتحقيق غاية اجتماعية معينة - وهذه الغاية ينبغي أن تكون محلا لاهتمام صاحب الحق وعنايته، وبمعنى أدق يجب أن ينصب عليها علمه وارادته باعتبارها نتيجة مرغوبا فيها وهذا يعني الاحاطة بظروف الفعل وملابساته ونتائجه، وتوافر جميع الشروط والاسباب التي تجعل منه عملا مباحا. بيد ان ثمة حالات يتوهم فيها الفاعل قيام سبب الاباحة بكل شروطه بينما في الحقيقة ان هذا السبب غير موجود. [١]

ويعرف البعض الغلط في الاباحة بأنه نتيجة انعدام التطابق بين الحقيقة والتصور،

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام المرجع السابق، واسباب الاباحة في التشريعات العربية المرجع السابق، ص ٣٣.

ويراه البعض الآخر انه عبارة عن حالة علم فعلي زائف ، تدفع الانسان الى اتخاذ سلوك معين فيؤثر على الارادة وتوجيهها.[1]

ويرى بعض شراح القانون الهندي أن الغلط حالة ذهنية خاطئة، أي بمثابة ادراك او اقتناع مترتب على الجهل أو اساءة فهم الحقيقة، والغلط ، اما ينصب على القانون او على الوقائع والغلط في الواقعة هو الاحاطة بها على غير وجهها الصحيح أو العلم بها على نحو يخالف الحقيقة. [2]

ثانيا: الغلط في الاباحة في القانون الانجليزي:

يعتبر الغلط بصفة عامة في القانون الانجليزي دفعا من الدفوع العامة، ولهذا يتحدث عنه كثير من شراح القانون الجنائي ضمن طائفة الاسباب التي يترتب على توافرها انتفاء المسئولية الجنائية شأنه في ذلك شأن عواض الاهلية كصغر السن والجنون وحالة الضرورة والسكر.. الخ. ولا توجد دراسة متخصصة عن فكرة الغلط في استعمال الحق أو في الاباحة.

ويرى البعض ان الغلط في الاباحة يوجب على المتهم أن يثبت ان الغلط معقولا REASONABLE ، فهناك بعض السوابق التي اشترطت معقولية الغلط حتى يكون نافيا للمسئولية ومنها، أن سيده هجرها زوجها ثم اخبرها بعض الاشخاص الذين تظن فيهم معرفة الحقيقة عن امر زوجها انه قد فقد في سفينة أثناء رحلة الى امريكا، وبعد مضي أكثر من خمس سنوات قضتها وهي تعتقد انها اصبحت ارملة تزوجت مرة اخرى، ثم عاد زوجها، ولم قدمت الى المحاكمة قضت المحكمة بأغلبية تسعة أصوات ضد خمسة انها ليست مذنبة، ولم ترتكب جريمة تعدد

---

(١) انظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسئولية الجنائية، القاهرة، رسالة دكتوراه ١٩٦٧، ص ٤٦.

(٢) انظر الدكتور علي راشد ، مبادىء القانون الجنائي ص ٦٢٧.

الأزواج، وقد قبل دفعها بالغلط في الاباحة لأنها كانت تعتقد اعتقادا صادقا بناء على أسباب معقولة أن زوجها قد مات.(١)

ويرى الاستاذ "WILLIAMS" انه لا يشترط أن يكون الغلط معقولا بصفة عامة ويؤيده في هذا الاتجاه الاستاذ LORPATKIN حيث يذهب الاخير الى أن القاعدة الثابتة في القانون الجنائي هي عادة ان الاعتقاد الصادق في قيام حقائق معينة متى وجد، فانه يصبح دفاعا معقولا ، ولا يتطلب بالاضافة الى ذلك أن يكون معقولا. (٢)

ثالثا: الغلط في الاباحة في القانون الهندي:

تنص المادة ٧٦ من قانون العقوبات الهندي على أنه" لا يعد الفعل جريمة اذ وقع من شخص ملزم قانونا بهذا الفعل أو اذا كان الشخص الذي وقع عنه الفعل بسبب غلط في الوقائع لا بسبب غلط في القانون معتقدا بحسن نية انه ملزم قانونا بذلك الفعل.

وتنص المادة ٧٩ من ذات القانون على أنه " لا يعد الفعل جريمة اذا وقع من شخص يقره القانون على فعله - اذا كان الشخص الذي وقع منه الفعل- بسبب غلط في الوقائع لا بسبب غلط في القانون - معتقدا بحسن نية أن القانون يقره على فعله.

ويرى شراح القانون الهندي ان المادة ٧٦ لا يقصد بها اكثر من ان حكمها

---

(١) Smith and Hogan, Criminal Law. P. 50. Toleson, 1989, 23 B.D.I. 68 P. 168 G.

(٢) G. Williams, op. cit. P. 203.

يفيد الشخص الذي يرتكب فعلا يحرمه القانون تحت تأثير اعتقاد خاطىء للوقائع ادى به الى الاعتقاد بحسن نية أنه ملزم قانونا بفعله. (١)

ويذهب أيضا شراح القانون الهندي الى أنه وفقا للمادتين ٧٦، ٧٩ عقوبات يجب أن تتوفر سلامة النية في تطبيق حكم القانون وان تكون الظروف المحيطة بالفعل مؤيدة لهذه النية ولكن الفاعل لا يستطيع بصفة عامة ادعاء نبل الدفاع بل يجب ان يدعي بصفة خاصة أنه كان يعتقد بحسن نية أنه كان إما ملزما قانونا بارتكاب الفعل م ٧٦، واما ان القانون كان يجيز أن يرتكب الفعل م ٧٩.

وثار الاختلاف حول نطاق تطبيق المادة ٧٩ من قانون العقوبات الهندي، فهل يعتبر حكم هذه المادة مبدأ عاما ينطبق في جميع الاحوال وفروع القانون، ام نطاق تطبيقها قاصر على قانون العقوبات وحده.

وذهب اتجاه الى أن المادة ٧٩ لا تنطبق الا على الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، وأكدت هذه الاتجاه محكمة MODRAS فقضت بأن الدفع بالاباحة الذي تنص عليه هذه المادة لا ينطبق الا في حالة الجريمة التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو ليس على الجرائم التي تعاقب عليها القوانين الخاصة.

ولكن على خلاف هذا الاتجاه قضت محكمة BOMBAY بتطبيق المادة ٧٩ عقوبات على ايضا الجرائم المنصوص عليها في القوانين الخاصة. وتطبيقا لذلك حكم انه لا يوجد ما يبرر للزوج لا في ظل القانون الهندوسي ولا في ظل الشريعه الاسلامية أن يستعمل العنف او الاكراه لاجبار زوجته على السكن معه، وكل محاولة لاستعمال القوة في هذا الصدد تعتبر جريمة، وان أي شخص

---

(١) انظر عثمان سعيد عثمان: استعمال الحق كسبب للاباحة – المرجع السابق ص ٥٠٦.

يساهم مع الزوج في تنفيذ محاولته لا يستفيد من الحماية التي تقررها هذا المادة بل يعتبر شريكًا وقضى بأن الشخص الذي يقطع فروع الاشجار التي تدلى فوق ارضه - مع ان الاشجار قائمة في ارض جاره - يستفيد من حماية المادة ٧٩ عقوبات ما دام يعتقد انه عنده الحق في قطع الفروع التي تدلى فوق أرضه ولا يعاقب بجريمة اتلاف ملك الغير. [١]

رابعا: الغلط في الاباحة في القانون المصري:

ولم يرد في القانون المصري أيضا نص عام في هذا الصدد ، كما جاء في المادة ٥٩ من قانون العقوبات الايطالي. وانما وردت في القانون المصري بعض التطبيقات للغلط في الاباحة، فالمادة ٦٣ تنص على أنه لا يعد جريمة العمل غير المشروع الذي يرتكبه الموظف اذا كان يعتقد بمشروعيته وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة، ونصوص الدفاع الشرعي لا تستلزم في الخطر المسوغ للدفاع الشرعي ان يكون خطرا حقيقيا في ذاته، بل تكتفي بأنه يبدو كذلك في اعتقاد المدافع. وقد وجهت محكمة النقض المصرية النظر الى نظرية الغلط في الاباحة، فقالت في حكم لها:" ان حسن النية المؤثر في المسئولية عن الجريمة رغم توافر أركانها.. هو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفي ان يكون الشارع قد ضبطه في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي من تلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع، وبعد أن عرفت محكمة النقض حسن النية قالت: " وليست هذه الاشارة الا تطبيقا لقاعدة اعتمدها قانون العقوبات في المادة ٦٣ الواردة في باب الاحكام العامة" [٢] ونظرية الغلط في الوقائع [٣] أو الظروف التي تقوم عليها

(١) Qusephe Thommen V. Joseph Anlony (195) G. R. L. J. (69)

(٢) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩.

(٣) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق، ص١٤٨ ، الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٢٠.

الاباحة تبنى على مبدأ عام في القانون مُقتضاه ان الانسان لا يكلف بما ليس في وسعه، فلا يكلف الموظف او المدافع في الظروف التي وجد فيها بالامتناع عن العمل . فكما ان الغلط في الواقعة ينفي القصد الجنائي، فكذلك لا تجوز المساءلة بوصف العمد اذا كان هناك غلط في الوقائع التي تبنى عليها الاباحة، فالفاعل لم يقصد مخالفة القانون - ولا يكون الفاعل مسئولا جنائيا أو مدنيا اذا ثبت أنه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري وانه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة - فالغلط عندئذ يقع فيه الشخص العادي ولا يتداركه الا من يسمو بذكائه ويقظته عن المستوى العادي والقانون لا يوجه الى هؤلاء فقط .. اما اذا لم يتصرف الفاعل تصرف الشخص العادي ، فأتى الفعل بغير التثبت والتحري اللازمين ، فان غلطه في تقدير الظروف او الوقائع لا ينفي عنه المسئولية، بل يكون شأنه شأن من يوجه ارادته توجيها خاطئا فتتسبب عن ذلك نتيجة غير مقصودة، فيسأل عن هذه النتيجة اذا كان القانون يجرم التسبب بالخطأ في احداثها.

ومما ينبغي ملاحظته أنه لا يجوز الخلط بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون، فالغلط في الوقائع يصلح دفعا متى توافرت عناصر حسن النية. اما الغلط في قانون العقوبات فلا يصلح دفعا للمسئولية عن الجريمة. ومثال ذلك من يرتكب جريمة معتقدا أن قانون العقوبات يتضمن سببا يبيح ارتكاب الجريمة بينما هو لا يتضمن السبب المزعوم، فيعتبر مسئولا عن التبديد من يتصرف في المحجوزات ثم يدفع قيمة الدين ولو كان يعتقد وقت التصرف ان قانون العقوبات يجيز له ذلك. (١)

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ١٤٩.

ومن أمثلة الغلط في الاباحة أن يعتقد شخص - على خلاف الحقيقة- أن خطرا يهدده فيقتل من ظن انه مصدر الخطر، أو أن يعتقد موظف عام أن امر أصدر اليه من رئيس تجب اطاعته بتفتيش مسكن او القبض على شخص فيأتي فعل التفتيش او القبض، والحقيقة انه لم يصدر امر أو صدر الامر باطلا او ان يعتقد الاب في الظلام ان الصغير العابث ابنه فيضربه تأديبا والحقيقة انه من احد جيرانه. (١)

والخلاصة أن الغلط في الاباحة لا يعدل الاباحة، فهو ينفي كما هي الركن الشرعي للجريمة متوافرا، ولكن الغلط في الاباحة بنفيه القصد الجنائي والخطأ غير العمدي ، يهدم الركن المعنوي للجريمة فلا يكون محل لقيام المسئولية الجنائية وتوقيع العقاب واذا نفى الغلط في الاباحة القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي فهو يحول دون قيام المسئولية الجنائية العمدية، ولكن لا يحول دون قيام المسئولية الجنائية غير العمدية ان توافرت سائر شروطها.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ٣٤، انظر الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٢١٤.

المطلب الثاني
مبدأ حسن النية والجهل بالاباحة

ويفترض الجهل بالاباحة توافر سبب الاباحة بكل شروطه التي يحددها القانون واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك، أي اعتقاده أن سبب الاباحة لم يتوافر وأن فعله غير مشروع[١] ومثال الجهل بالاباحة حال الموظف العام الذي ينفذ أمرا صحيحا بالقبض او التفتيش معتقدا أنه أمر باطل.

والسؤال المطروح : هل أن سبب الاباحة ينتج أثره على الرغم من الجهل به، أم انه يتعين ثبوت علم الفاعل بتوافره؟.

الاصل في أسباب الاباحة أنها موضوعية ويعني ذلك انها تنتج اثارها بمجرد توافرها بشروطها وقيودها التي يحددها القانون، وسواء في ذلك علم مرتكب الفعل أو جهل، ان العلم عنصر شخصي، وهو ليس - في الاصل- شرطا للاباحة ومن ثم كانت القاعدة المقررة في هذا الشأن أن "الجهل بالاباحة لا يحول دون توافرها والاستفادة منها" [٢].

ولهذه القاعدة استثناؤها حيث يقوم بعض اسباب الاباحة على عناصر شخصية، فيكون متعينا تطلب هذه العناصر كي تعد الاباحة متوافرة، وقد يكون العلم أحد هذه العناصر ولم يرد نص في القانون المصري بخصوص الجهل بالاباحة ، وقد عُرض الامر على محكمة النقض بصدد جهل مأمور الضبط القضائي صدور اذن يخوله التفتيش، فقررت في حكم لها ان تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضائه لا يكون صحيحا الا اذا كان الضابط مأذونا من النيابة العامة باجراء هذا التفتيش وعالما بهذا الاذن قبل اجراء التفتيش فعلا ". [٣]

---

(١) Delogue, Leo causes de justification , No. 67 P. 165.

(٢) نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٢٩٣ ص ٣٩٩.

(٣) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص ١٤٩.

وهذا القضاء غير سديد في نظر بعض الفقهاء اذا على خلاف الاصول العامة في القانون والتي لا تحتاج الى نص صريح يقررها، فأسباب الاباحة من الاسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الامر، فسيان كاد عالما بقيام السبب او كان جاهلا وجوده فالفعل يكون مباحا في الحالتين.

ويرى جانب آخر من الفقه [١] ان تقدير هذا القضاء يتعين علينا ان نتساءل عما اذا كان القانون يعتبر هذا العلم شرطا للاباحة فان ثبت ذلك فهذا القضاء صحيح، وأن لم يثبت ذلك فان الطبيعة الموضوعية لاسباب الاباحة تقتضي ان تكون الاستفادة منها غير معلقة على العلم بتوافر شروطها.

والفقه الجنائي المصري مستقر على أن من شروط اباحة فعل الموظف - حين يستعمل سلطة تقديرية او ينفذ أمر رئيس يجب عليه اطاعته - ان يكون حسن النية ، ويراد بحسن النية أن يكون مستهدفا بفعله تحقيق الغرض الذي من أجله خوله القانون او خوله رئيسه هذه السلطة، ومن المتصور أن يترتب على جهل الموظف بالامر الصادر اليه انتفاء حسن النية لديه، فاذا فتش ضابط البوليس مسكنا جاهلا صدور الامر بذلك من النيابة العامة وجاهلا تبعا لذلك ان مصلحة التحقيق تقتضيه ومستهدفا مجرد الانتقام ، فهو لا يستفيد من الاباحة، وعدم استفادته لا يرجع الى جهله في ذاته، ولكنه يرجع الى انتفاء حسن النية الذي ترتب على هذا الجهل، وعلى هذا النحو يرى اصحاب هذا الاتجاه ان قضاء محكمة النقض صحيح اذا استخلص من جهل الضابط الاذن بالتفتيش انتفاء حسن نيته، ولكنه غير صحيح اذا بني على أساس ان مجرد الجهل بالشرط الموضوعي للاباحة (وهو صدور اذن طبقا للقانون) ناف للاباحة ذاتها ونحن نؤيد هذا الرأي .

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ٣٣.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية وتجاوز حدود الاباحة

يكون الفعل مباحا طالما لم يخرج فاعلـه عن الحدود المقررة للاباحـة فـاذا تجاوزها اصبح غير مشروع، وفكرة التجاوز في استعمال الحق لم تجد بعد دراسـة كافية ولم ينظمها القانون المصري، وكل ما ورد فيه نص المادة ٢٥١ عقوبـات وهو خاص بتجاوز حدود الدفاع الشرعي. وهذا النص يعمل به في الحالـة التي ورد بشأنها اما التجاوز في غيرها فيخضع للقواعد العامة.

ويقصد بالتجاوز الخروج بالحق عن حدوده [1] سواء كان ذلك بقصد او بغير قصد وعلى ذلك يكون التجاوز اما مقصودا وإما غير مقصود، على أن هنـاك عدة الفاظ اصطلح على استعمالها في معنى التجاوز ومن ذلك اساءة استعمال الحق او التعسف او الانحراف، وهناك من يحتفل بالفوارق بين الالفاظ فيرى ان الاساءة تتضمن سوء النية، كما ان ثمة من يرى ان التعسف يعني ايضا سوء النيـة - وهذه لا تختلف عن سابقتها اذ المسألة ليست باللفظ انما بحقيقة الواقع وفكرة التجاوز فـي القـانون الانجليـزي تتحـدد بـالرجوع اساسـا الـى فكـرة المعقوليـة " REASONABLENESS " ، فهي قاعدة عامة وذات تطبيق شامل في كل فـروع القانون ، ولذلك فهـي تستخدم كمعيـار لتحديد وجود التجاوز من عدمه. وتنص بعض القوانين الاخرى على تجاوز الاباحة بصفة عامة منها قانون العقوبات الايطالي في المادة ٥٥ منه، والمادة ٢/٣٣ من قانون العقوبات السويسري.

والسؤال المطروح: ما هو معيار التجاوز في القانون المصري؟

ليس من شك ان معيار التجاوز في القانون المصري هو النظرية العامة فـي التعسف في استعمال الحق، فهذه النظرية ترسم الحدود العامة لاستعمال الحق كما ترسم حالات تجاوز هذه الحدود.

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص ٤٨٠، الدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق ص ٣٧٥، الدكتور محمود نجيب حسني القسم العام، المرجع السابق ص ٤٦٠.

والواقع أن التجاوز نوع من الخطأ ، كما أن التعسف نفسه خطأ[١] في استعمال الحق، وهناك من لم يوافق على تطبيقها في القانون الجنائي كما جاءت في القانون المدني، ولكن يمكن الرد على هؤلاء بما يلي:

أولا: يعتبر النظام القانوني وحدة متسقة منزهة عن كل تناقض بين أجزائها، وعلى ذلك فان ما يأمر به ، ويقرره فرع من فروع القانون ينبغي الا يناقضه فرع آخر تابع لنفس النظام – ولهذا متى رسم القانون المدني حدود استعمال الحق وبين احوال التعسف يجب ان يكون محل اعتبار في القانون الجنائي حتى لا يحدث تناقض في النظام القانوني.

ثانيا: اذا كان القانون الجنائي يتدخل بالتنظيم في كافة العلاقات القانونية التي تنشأ عن فروع القانون المختلفة، فان هذه الوظيفة تحتم عليه أن يراعى المبادىء المقررة من هذه الفروع واحترامها فمثلا اذا تدخل القانون الجنائي لحماية الاموال من السرقة، فان يتعين عليه ان يحترم الحالات التي لا تعد فيها جريمة السرقة قائمة بسبب وجود علاقة بين صاحب الحق وآخذه كعلاقة الامانة او الوديعة، وغير ذلك واذا تدخل القانون الجنائي لحماية الزواج فان يتعين عليه ان يحميه في ضوء مبادىء قانون الاحوال الشخصية، فلو اختلف حول قيام الزواج من عدمه، فانه يجب اعمال قواعد هذا القانون الاخير.

اذن لا يجوز للقانون الجنائي ان يخالف قواعد القوانين الاخرى لا سيما اذا كانت هي المصادر التي تنبع عنها الحقوق التي يتكفل بحمايتها، وأن أية مخالفة تعتبر اخلالا بالنظام القانوني كله .

ثالثا: ان نظرية التعسف في استعمال الحق - كما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي – نظرية تنبسط على جميع نواحي القانون... وانها تنطبق على روابط الاحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وانها تسري في شأن

---

(١) انظر الدكتور حسن كيره، محاضرات في المدخل للقانون سنة ١٩٥٤ ص ٥٢٥.

الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، او انها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزه الى القانون العام.

رابعا: ولقد ساعد على اختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة.

وتجاوز الحدود المقررة قانون للاباحة قد يكون متعمدا. وقد يكون بسبب خطأ، والتجاوز المتعمد هو الذي يحدث عن علم وارادة ، ويسأله عنه فاعله، كما يسأل عن جريمة عمدية، وكل ما هناك ان المحكمة تراعي ظروفه عند تقدير العقوبة، فلها أن تطبق المادة ١٧ من قانون العقوبات في حالة الجنايات، وتخفف العقوبة في الجنح في الحدود المقررة.

اما اذا لم يقصد الفاعل تجاوز الحدود المقررة قانونا، وانما حدث نتيجة اهمال او عدم احتياط لا يصدر من الشخص العادي اذا وجد في نفس الظروف، فان المتسبب في النتيجة بخطئه يسأل عنها اذا كان القانون يجرمها بوصف الخطأ، اما اذا حدث التجاوز نتيجة حادث فجائي او اكراه معنوي فان الفاعل لا يكون مسئولا، فيكون الزوج مسئولا عن القتل العمد اذا ضرب زوجته بقصد قتلها، ويسأل عن القتل الخطأ اذا لم يقصد سوى التأديب ولكنه تجاوزه عن رعونه فأصابت الضربة مقتلا، ولا يسأل اذا ترتب على الضرب البسيط اجهاض الزوجة ثم وفاتها فهي نتائج نادرة الحصول لا يتحملها الفاعل. [١]

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ١٤٧.

الفصل الثاني

مبدأ حسن النية واسباب الاباحة

تمهيد وتقسيم:

تحتوي الغالبية العظمى من التشريعات على خطة حصر اسباب الاباحة، ومنها القانون المصري ، وينبني على هذا الحصر، ان القاضي يكون مقيدا بالاسباب الواردة في القانون ، فلا يقضي بإباحة الفعل بناء على سبب آخر ، ولكن عليه أن يستظهر مدى السبب.

وأسباب الاباحة من حيث مدى تطبيقها يمكن تقسيمها على اساس موضوعي، كما يمكن تقسيمها على أساس شخصي. فعلى الاساس الاول تقسم الى اسباب عامة، واسباب خاصة، وعلى الاساس الاخر تقسم الى اسباب مطلقة واسباب نسبية، فالسبب العام يبيح اية جريمة، كاستعمال الحق أو اداء الواجب، والسبب الخاص هو ما يسرى مفعوله بالنسبة لجرائم معينة، كالدفاع الشرعي ورضاء المجني عليه، والسبب المطلق هو ما يستفيد منه كافة الناس كالدفاع الشرعي، اما السبب النسبي فيستفيد منه اشخاص معينون كالموظف الذي ينفذ امر الرئيس، والخصم الذي يرتكب القذف أثناء المرافعة، وقد يكون السبب عاما ونسبيا فاطاعة امر الرئيس سبب عام من حيث لا يؤثر في أية جريمة وهو نسبي من حيث انه لا يفيد الا الموظف العام. وقد يكون السبب خاصا ومطلقا كالدفاع الشرعي، فهو لايبرر كل جريمة، ويستفيد منه أي شخص .[١]

ويقوم مبدأ حسن النية بدور فعال في اسباب الاباحة ونبين فيما يلي أهمية هذا الدور في كل سبب على حده.

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٤٧٠ والدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ، ص ١٤.

المبحث الاول
مبدأ حسن النية في استعمال الحق

تقسيم:

ويمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول
دور مبدأ حسن النية في استعمال الحق

يقرر القانون حقوقا، ويبيح استعمالها، وترد نصوص القانون محددة صور هذا الحق، ومحددة شروط ونطاق هذا الاستعمال.

ويعتبر استعمال الحق في مقدمة أسباب الاباحة التي صنفها الفقه. (١) وتشترط الغالبية العظمى من التشريعات العربية في مجال استعمال الحق شرطا ذا طبيعة شخصية هو "حسن النية". فنصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري على "انه لا تسري احكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة" وقضت المادة ٥٩ من قانون العقوبات اليمني رقم

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ١٦٠ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٥٠٥ الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ١٥١٧، الدكتور مأمون محمد سلامه ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام المرجع السابق ص ١٧٨ والدكتور عبد الرووف مهدي ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق، ص ٢٧٤ منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٣٨.

١٥ لسنة ١٩٧٥ على انه " الفعل المرتكب في ممارسة حق دون اساءة استعماله لا يعد جريمة "، ونصت المادة ١٨ من قانون العقوبات الكويتي على انه " لا جريمة اذا ارتكب الفعل بحسن نية استعمالا لحق يقرره القانون " . ونصت المادة ١١ من قانون العقوبات البحريني على انه " يعفى من المسئولية كل من ارتكب جرما يتعلق بمال اثناء ممارسته حقا يدعى به حلالا دون قصد بالاحتيال او بانزال الضرر"، وايضا نصت كلا من المادة ٤٤ من قانون العقوبات العراقي والمادة ١٨٢ من قانون العقوبات السوري والمادة ١٨٣ من قانون العقوبات اللبناني والمادة ٥٤ من قانون العقوبات الاردني على اشتراط حسن النية في استعمال الحق كسبب للاباحة.

وفي الواقع ان وصف النية بالحسن او بالسوء انما هو تعبير عن حالة ضمير الانسان او حالة ارادته. فاذا اتجهت هذه الارادة اتجاها يكشف عن الاخلاص والامانة وعدم الاضرار بالغير سمي ذلك حسن النية، وان دور حسن النية هو الدلالة على انتفاء القصد الجنائي باعتبار القصد الجنائي اداة آثمة، فهل لحسن النية بالنسبة لاستعمال الحق دور آخر مختلف عن نفي الارادة الآثمة عند الجاني؟ فاذا كان حسن النية ينفي القصد الجنائي في الجرائم العادية ومن المؤكد ان حسن النية ايضا ضروري كشرط في استعمال الحق كسبب للاباحة، فهل الدور الذي يقوم به حسن النية بالنسبة لاستعمال الحق هو نفس الدور بالنسبة للجرائم العادية وهو نفي القصد الجنائي.

في الواقع ان حسن النية فضلا عن كونه شرطا في استعمال الحق ينفي ايضا القصد الجنائي ويتضح ذلك في هذين المثالين: الاول، عندما ياخذ احد المسافرين في قطار حقيبة آخر معتقدا بحسن نية انها حقيبته ، والثاني عندما يضرب الزوج زوجته بقصد التأديب ، في الحالة الاولى توافر الفعل والقصد، بمعنى ان الجاني قصد اخذ الحقيبة ولكن اعتقد انها حقيبته. وفي الحالة الثانية ايضا توافر الفعل والقصد ، غير ان هذا القصد لا يعتبر اثما في نظر القانون لقيـــــــام

شروط معينة، فما هو دور حسن النية في هاتين الحالتين؟ في الحقيقة ان حسن النية ينفي القصد الجنائي في كلتا الحالتين ففي الحالة الاولى لا يعتبر اخذ الحقيبة خطأ قصدا لانه لم يتصرف الى تملك حق الغير، أي لم تتجه ارادته الى الاعتداء على حق الغير، ولهذا لا تقوم جريمة السرقة لتخلف احد اركانها.

اما في الحالة الثانية، فنجد ان استعمال الحق اذا لم يتوفر له حسن النية، وسيطر عليه بدلا منه سوء النية اعتبر الفعل جريمة عمدية، أي توفر فيه القصد الجنائي الى جانب الفعل المادي واذا كان الامر كذلك، فانه يستخلص من مفهوم المخالفة ان حسن النية ينفي القصد الجنائي في استعمال الحق ايضا كما ينفيه في غيره من الافعال التي تقوم بها الجرائم العادية فحسن النية في هذه الحالة جعل القصد من ارتكاب الفعل وهو التأديب متفقا مع غاية القانون منه وهو تحقيق مصلحة معينة اولى في نظر القانون بالاعتبار.

اذن دور حسن النية واحد في كل من الجرائم العادية واستعمال الحق. ففي الحالة الاولى ينفي حسن النية القصد الجنائي، وفي الحالة الثانية يترتب عليه ايضا انتفاء الارادة الآثمة حيث يوجد بدلا منها ارادة مستقيمة غير آثمة.

والاساس القانوني لحسن النية في استعمال الحق ان لكل حق حدودا شخصية الى جانب حدوده الموضوعية ولنوعي الحدود عين الاهمية، فكما يتحقق الخروج على الحق بتجاوز حدوده الموضوعية فكذلك يتحقق الخروج بتجاوز حدوده الشخصية، ويعني ذلك ان الفعل قد يلتزم الحدود الموضوعية للحق، وعلى الرغم من ذلك لا يعد استعمالا مشروعا له لانه جاوز حدوده الشخصية والمراد بحسن النية في استعمال الحق ان يلتزم حدود الشخصية وبذلك يكون تحديد حسن النية مقتضيا بيان المراد بالحدود الشخصية للحق. (١)

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ٦١.

المطلب الثاني

معيار حسن النية في استعمال الحق

حددت المادة الخامسة من القانون المدني المصري في فقرتيه (أ)، (ج) حالتين يكون استعمال الحق فيهما غير مشروع لتجاوزه الحدود الشخصية للحق. فجاء في الفقرة (أ) ان الشخص يعتبر متجاوزا حدود الاستعمال المشروع لحقه" اذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير ". وقررت الفقرة (ج) كذلك عدم مشروعية هذا الاستعمال " اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة". [١]

فالفقرتان (أ، ج) وهما الخاصتان بالحالة النفسية تجعلان التجاوز في حدود الاستعمال المشروع للحق متحققا متى توافرت نية سيئة مفادها. قصد الاضرار بالغير او الرغبة في تحقيق مصالح غير مشروعة، وهذا يعني أن سوء النية يتمثل في حالتين الاولى: قصد الاضرار ، وهو قصد يتنافى مع الغاية التي توخاها المشرع، والثانية اتخاذ ذلك الاستعمال وسيلة لبلوغ مصلحة غير مشروعة، أي استهدف غاية لا يقرها القانون وبمفهوم المخالفة يكون الشخص حسن النية في استعمال الحق في حالتين الاولى: اذا لم يكن يقصد الاضرار بالغير، والثانية اذا لم يكن يهدف الى تحقيق مصالح غير مشروعة، وتطبيقات هذا المعيار واضحة في القانون الجنائي. فمن امثلة انتفاء الاباحة لأن الفعل لم يقصد به سوى الاضرار بالغير من قصد من الضرب الانتقام ممن يخضع لحق التأديب او التعبير عن شعور بالحقد والكراهية نحوه ، أو المعلم الذي يضرب تلميذه تشفيا من أبيه [٢]. او من يطعن في اعمال موظف، وكان باعثه الاحقاد الشخصية. [٣]

---

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة ، المرجع السابق ، ص ٨٤٤.

(٢) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، قانون العقوبات القسم العام ص ١٧٦.

(٣) نقض (٢١) مارس ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٨١ ص ١٦٩.

ومن امثلة انتفاء الاباحة لأن الفعل قد استهدف تحقيق مصالح غير مشروعة. عندما يجهض الطبيب حاملا في غير الحالات التي يعد الاجهاض فيها عمدا علاجيا، والطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدر، ولا يرمي من وراء ذلك الى علاج طبي صحيح بل كان قصده تسهيل تعاطي المخدرات للمدمنين [١]، وكذلك الزوج الذي استخدم حق التأديب لزوجته بقصد ابتزاز مالها.

ولكن هذا المعيار يشوبه القصور في القانون الجنائي، فلا يكفي عدم توافر قصد الاضرار كما لا يكفى انتفاء استهداف مصالح غير مشروعة حتى يتحقق حسن النية، ومثال ذلك التجارب الطبية، فقد لا يصدق عليها وصف الاضرار بالغير كما لا يصدق عليها وصف الغرض غير المشروع ، ومع ذلك نجدها تخرج من نطاق الاباحة المقررة عند استعمال الحق. والواقع ان المعيار الصحيح لحسن النية يتضمن ان يستمد من فكرة الغاية الاجتماعية للحق، فالحقوق جميعا غائبة، أي يقررها القانون لاستهداف غايات معينة، وحسن النية هو استهداف صاحب الحق بفعله تحقيق الغايات التي من اجلها قرر الحق، فان ثبت انه لا يريد باستعماله غاية سوى ذلك، ولو كانت غير مرذولة في ذاتها، فهو سيء النية، وليس له ان يحتج لاباحة فعله بذلك الحق ، اذا لم يكن الفعل مؤديا وظيفته الاجتماعية التي تحددها غاية الحق. وهذا المعيار يتسع للمعيار الذي تنص عليه المادة الخامسة من القانون المدني بل يزيد عليه. [٢] غير ان فكرة الغاية الاجتماعية للحق لم تسلم من النقد، فيرى جانب من الفقه المدني ان معيار الهدف الاجتماعي للحق يتلخص في أن الحقوق التي اعطاها القانون لاصحابها لتحقيق اهداف اجتماعية.

فكل حق له هـدف اجتماعي معين فاذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه

---

(١) نقض في ٤ يونيو ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٥٨٧ ص ٥١٨.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ٦٩.

عن الهدف كان متعسفا وخفت مسئوليته. [١]

ويعيب هذا المعيار بالرغم من كونه موضوعيا هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق، ثم خطر هذا التحديد، اما صعوبة هذا التحديد فلانه ليس من اليسير ان يرسم لكل حق هدف اجتماعي او اقتصادي يكون منضبطا الى الحد الذي يؤمن معه التحكم ، اما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعا لوجهات من النظر متشعبة متباينة.

وفي الواقع ان الانتقادات التي وجهت الى هذا المعيار ليست ذات اهمية، فالاصل في الحقوق انها غائبية، اذ القواعد القانونية التي تحكمها هي جزء من التنظيم القانوني العام للمجتمع الذي يتجه في مجموعة الى غاية اجتماعية معينة هي كفالة تنظيم معين للمجتمع، ويقضي المنطق بان يكون ثمة اتساق بين غاية كل حق والغاية العامة للتنظيم القانوني وليس من العسير على القاضي تحديد هذه الغاية [٢].

وجدير بالذكر ان هذا المعيار له في القانون الجنائي سند اقوى مما له في القانون المدني، ذلك ان القانون الجنائي فرع من افرع القانون العام ونصوصه تهدف الى حماية المجتمع بتجريم الافعال التي تهدد حقوقه ومصالحه فان اعترف بحقوق الافراد وجعل من استعمالها سببا للاباحة، فهو لا يسلم لها بذلك باعتبارها مصالح خاصة لبعض الافراد ولكن باعتبارها في الوقت نفسه مصالح للمجتمع

---

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في مصادر الالتزامات، المرجع السابق ص ٩٦١.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ٩٥.

بحيث تعد صيانتها عن طريق اباحة بعض الافعال محققة وضع نصوص التجريم في الحدود التي يقتضيها التنظيم الصحيح للمجتمع. على أن رأيا في الفقه المصري ينكر المفهوم السابق لحسن النية ويفسر عبارة النية السليمة الواردة في المادة ٦٠ عقوبات بانها تعنى مجرد المساواة بين التوافر الفعلي للطرف المادي الذي يجعل السلوك استعمالا لحق والاعتقاد الخاطيء بناء على اسباب معقولة بتوافر ذلك الطرف. وهذا يعني ان معيار النية السليمة هو الاعتقاد بوجود استعمال الحق اذا كان ذلك الاعتقاد مبنيا على اسباب معقولة، ويترتب على هذا ان يكون الوجود الفعلي للطرف المادي او الاعتقاد المعقول بذلك الوجود كافيا لاعتبار الشخص في حالة اباحة استعمالا لحق سواء كان سليم النية ، أي يبغى بفعله نفس الغاية التي تقررت من اجلها الاباحة ام يبغى غرضا اخر ولو كان دنيئا ما دام فعله قد احدث النتيجة التي ادت الى صيانة مصلحة عامة بغض النظر عن النتيجة التي حققها الشخص لنفسه الى جانب النتيجة السابقة.

ولكن ليس هذا رأيا راجحا، فالغالبية العظمى من الفقهاء تشترط حسن النية بمفهومه الذي اشرنا اليه آنفا، فلا تكتفي بتوافر الشروط المادية المقررة لاستعمال الحق، بل تشترط ان يكون المستعمل مبتغيا تحقيق الغاية التي ارادها المشرع من تقرير الحق، أي ان يكون الباعث له على فعل الاستعمال الرغبة في تحقيق غرض مشروع.

وامام النقد الذي وجه الى فكرة الغاية الاجتماعية للحق رأى البعض لا بأس لو امكن الجمع بين فكرتي الغاية الاجتماعية للحق، والمصلحة المشروعة، باعتبار الاولى مثلا اعلى يجب ان يستلهم في استعمال الحق، وباعتبار الفكرة الثانية ميزانا واقعيا مؤكدا يجب ان يوزن به كل من سعى نحو الانتفاع بالحق. [٢]

---

(١) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ٢١٤.

(٢) انظر عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للاباحة ، المرجع السابق ص ٤١٣.

المطلب الثالث

دور حسن النية في تطبيقات استعمال الحق

الحقوق التي يعترف بها القانون عديدة، ويختلف حق عن آخر فيما يخوله من مزايا، ومن ثم يختلف الجرائم المباحة باختلاف الحقوق فحق التأديب يبيح الضرب وغيره من وسائل التأديب ، وحق التطبيب يبيح المداواة وما تتطلبه من أعمال التطبيب والجراحة ، وحق الطعن على اعمال ذوي الصفة العمومية يبيح القذف ، وهكذا ومن غير المتصور ، أن يبيح حق كل الجرائم ومن ثم من المستحيل حصر الحقوق والجرائم التي تبيحها، ولذلك سنقتصر هنا على عرض اهمها. من ذلك حق التأديب وحق الطبيب في علاج المرض وحق الطعن بالقذف والسب.

أولا: دور حسن النية في حق التأديب:

قدر الشارع ان مصلحة الاسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع، تقتضي ان تكون لبعض افرادها سلطة على البعض الاخر ، وان تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها، وهذه المصلحة ترقى الى مرتبة اعتبارها حق للمجتمع، وترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه وعلى بعض حقوق اخرى يحددها القانون. (١)

والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الاسرة ومصلحة المجتمع، ومن ثم كان من شروط الاباحة استنادا اليه ان يستهدف استعمال تحقيق هذه الغاية.

ونتناول في حق التأديب ، تأديب الزوجة وتأديب القاصر.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المرجع السابق ص ٨٩٨، عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للاباحة المرجع السابق ص ٤٢٠.

١ - تأديب الزوج لزوجته:

في الواقـع ان الطـابع المميز لحقوق الاسرة هو انهـا لـم تقرر لمصلحة صاحب الحق بصفته الفردية ، وانما قررت لدعم كيان الاسرة ومصلحتها في المقام الاول باعتبارها خلية المجتمع ، وصلاحها من صلاحه، وعلى اساس من هذه الفكرة تقوم الحكمة التي تقرر من اجلها حق التأديب، وغايته هي استقامة شان الاسرة بتهذيب الزوجة وحملها على السلوك القويم الذي يتفق مع صالح الاسرة.

وحق التأديب للزوج دون الزوجة على اساس ان الرجل اقدر على فهم الحياة ولأنه اقدر على ضبط عواطفه وتغليب حكم عقله فالسلطة اعطيت له مقابل المسئولية التي يتحملها ليتمكن من القيام بمسئولياته على خير وجه ، ويرى بعض الفقهاء ان هذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية " السلطة بالمسئولية ". وهي تقوم على اساس من حديث الرسول عليه الصلاة والسلام : كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته فالامام راع وهو مسئول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيتها وعندها يستخدم الزوج حق التأديب لزوجته يكون بقصد اصلاح نشوذها، ومن ثم كانت اباحة التأديب مقيدة بأن يستهدف به تحقيق هذه الغاية، واستهداف هذه الغاية هو ضابط حسن النية في استعمال هذا الحق فان كان الزوج يقصد بفعله غير هذه الغاية لم يكن فعله مباحا فاذا اراد به الزوج الانتقام، والتعبير عن كراهية او حمل الزوج على معصية. ففعله في هذه الحالات غير مشروع لخروجه عن الغاية من اباحته. فحق التأديب يبيح الضرب الخفيف، فان تجاوز الزوج هذا الحد فأحدث اذى بجسم زوجته كان معاقبا عليه قانونا، ولو كان الاثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سمحجات بسيطة، فان هذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجا عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجبا للعقاب عملا بالمادة ٢٤٢ من قانون العقوبات.

٢ - تأديب القاصر:

يعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة والالتزام بالرقابة يقابله حق التأديب ، فهذا الحق مخول لكل من يلتزم بالرقابة قانونا أو اتفاقا ، والذين يقومون بتربية الصغير هم: الاب اذا وجد، فهو الولي الشرعي على النفس والمكلف قانونا بالرقابة على ولده ، فاذا لم يوجد الاب تولى الرقابة القائم على تربية الولد ، ويكون عادة ولي النفس من جد او عم او غيرهما، وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمني من ولي النفس الى الام.

وحق التأديب مقرر صراحة في الشريعة الاسلامية، فيؤخذ باحكامها فيما لم يرد بشأنه نص، وتبيح الشريعة ضرب الصغار للتعليم والتأديب . ووسيلة التأديب قد تكون قولا وقد تكون فعلا. اما القول فيراد به التاديب والتعنيف، ولا جدال في جواز الالتجاء اليه، اما التأديب عن طريق الفعل فالاصل فيه أن يكون بالضرب، ولكنه يجوز استثناء ان يكون عن طريق أية وسيلة اخرى يرجح ان تكون مجدية في تهذيب الصغير ولا يكون من شأنها انزال ضرر جسيم به، ومثال ذلك تقييد الحرية. وليس كل ضربا مباحا، وانما يتعين ان يكون يسيرا ويتعين أن تكون الغاية من تأديب الصغير هي التأديب والتعليم [1] ، فاذا ابتغيت به غاية أخرى خلاف ذلك لم يكن فعل التأديب مباحا، فاذا استهدف بفعله الانتقام من الصغير او ذويه او دفعه الى منكر ، كان الفعل معاقبا عليه ولخروجه من دائرة الاباحة الى دائرة التجريم لانتفاء حسن النية المرتبطة بالغاية من اباحة حق التأديب، واذا تقرر تقييد حرية الصغير كوسيلة لتأديبه. يجب ان يراعى في هذه الحالة الا يكون من شأنه هذا القيد

---

(١) نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٧٥ ص ٢٢٥ ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض س ١٦ رقم ١١٠ ص ٥٥٢ ، ٢٥ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة س ٨ رقم ٢٩٨ ص ٥٦٧. ١٠ نوفمبر ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٦٧.

تعذيب أو منع من الحركة او ايلام للبدن. (١)

ثانيا: دور حسن النية في حق الطبيب في العلاج:

١ - مفهومه وعلة اباحة العمل العمد :

العمل الطبي هو نشاط يتفق في كيفيته وظروف مباشرته - مع القواعد المقررة في علم الطب ، ويتجه في ذاته ، أي وفق المجرى العادي للامور ، الى شفاء المريض ، والاصل في العمل الطبي ان يكون علاجيا، أي يستهدف التخليص من مرض او تخفيف حدته او مجرد تخفيف آلامه ، ولكن يعد كذلك من قبيل الاعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن اسباب سوء الصحة ابتغاء علاجها فيما بعد، وما يستهدف الوقاية من مرض تخشى الاصابة به. (٢)

وثار خلاف بين الفقهاء حول تعليل اباحة مباشرة الاعمال الطبية ، فذهب رأي الى القول ان سند هذه الاباحة هو رضاء المريض بالعمل الطبي، ويعيب هذا الرأي ان الحق في سلامة الجسم ذو أهمية اجتماعية، ونتيجة لذلك أن الرضاء الصادر من المريض لا يعد بذاته سببا لاباحة الافعال التي تمس هذا الحق.

وذهب رأي آخر الى القول بأن سند الاباحة هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب الذي يقوم بمباشرة العمل الطبي، ذلك ان ارادته لم تتجه الى الاضرار بصحة المريض، وانما اتجهت الى شقائه. (٣)

---

(١) نقض ٤ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٦٢ ص ٨٠.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المرجع السابق ص ١١٤.

(٣) نقض ١٢ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٤٠٧ ص ٥٧٦ ١٨ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد العربية جـ ٤ رقم ١٨٨ ص ١٨٤ ، ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٣٩ ج٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥.

ويعيب هذا الرأي أنه ينطوي على تحديد غير صحيح لعناصر القصد الجنائي في الجرح او الضرب فضلا عن انه يخلط بين القصد والباعث، ويجعل للباعث دور في توافر او انتفاء القصد الجنائي.

والواقع متى توافرت عناصر القصد الجنائي فلا يؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته الى ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مملوءة بالشفقة وابتغاء الخير للمصاب وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في القصد الجنائي في جريمة الضرب او الجرح. (١)

ويسود في الفقه والقضاء اسناد الاباحة الى ترخيص القانون، فالشارع يعترف بمهنة الطب وتنظيم كيفية مباشرتها، فهو يسمح حتما بكل الاعمال الضرورية او الملائمة لمباشرتها، فمرجع الاباحة الى " ارادة الشارع الذي خول بالقوانين واللوائح التي وضعها لتنظيم مزاولة مهنة الطب - الاطباء حق التعرض لاجسام الغير ولو باجراء عمليات جراحية مهما بلغت جسامتها. (٢)

٢ - شروط اباحة العمل الطبي ودور حسن النية:

يشترط لاباحة الاعمال الطبية التي يباشرها الطبيب ، أن يكون مرخصا له قانونا بالقيام بها، والحصول على رضاء المريض، وقصد العلاج.

ويعتبر قصد العلاج تطبيقا لحسن النية في استعمال الحق فلا يكون عمل الطبيب او الجراح مباحا الا اذا كان مقصودا به علاج المريض، فعلاج المريض

---

(١) نقض ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥ ٢٤ اكتوبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٨.

(٢) Garcon art, 309 a 3 No. 83 Garraud No. 1985 P. 325 Donnedieu de Vabres, No. 424. P. 245.

هو الغرض الذي يقوم عليه حق الاطباء في التطبيب والجراحة واستهدافه يوفر شرط حسن النية . وعلى ذلك لا يكون الطبيب مستعملا حقا اذا وجه فعله الى غير غرض العلاج، ولو كان برضاء المجني عليه او بالحاحه، من ذلك ان يرمي الطبيب الى قتل المريض، ولو كان الباعث على القتل هو اراحة المريض من آلام مبرحة، او اعانة امرأة على منع النسل في المستقبل. (١) وتسهيل تعاطي المواد المخدرة (٢) وكذلك الشأن اذا كان ما اجراه الطبيب هو مجرد تجربة علمية او حتى لخدمة الطب ، ولا يبرر التجربة قبول من اجريت عليه ، فرضاء المجني عليه لا يبيح الفعل،لان سلامة جسم الانسان لا تكون محلا للتصرفات ولا يباح المساس بها لفائدة الانسان ذاته. (٣)

فغاية الحق الذي يقرره القانون للاطباء هو علاج المرضى، أي التخلص من مرض او تخفيف حدته، ويلحق بالعلاج في هذا المدلول، الوقاية من مرض والكشف عن اسباب سوء الصحة فاذا استهدف الطبيب بعملة غاية اخرى خلاف ذلك فلا يباح له فعله. (٤)

ثالثا: دور حسن النية في اباحة القذف وما اليه:

يجرم الشارع القذف لانه عدوان على الشرف والاعتبار، ويتوسع الشارع في تجريمه كي يكفل لهذا الحق حماية كاملة ، فيعاقب عليه سواء كان موضوعه واقعة صحيحة ام واقعة غير صحيحة.(٥)

---

(١) انظر نقض فرنسي اول يوليه سنة ١٩٣٧ سيري ١٩٣٨-١-١٩٣٨ وتعليق TORTAL في داللوز الاسبوعي سنة ١٩٣٧ ص ٥٣٧.

(٢) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٢٢٢ ص ٢٣٠.

(٣) السين ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ داللوز ١٩٣٦-٢-٩.

(٤) Lyon 15 dec. 1859 D. 59. 389

(٥) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص رقم ٣١٤ ص ٢٧٥، الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص رقم ٣٨٤ ص ٣٣٩ ، الدكتور أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص ص ٣٣٦.

وقد خَرج الشارع على هذا الاصل العام فأباح القذف في حـالات معينـة مـن بينها اباحة الطعن في اعمال الموظف العام ومـن فـي حكمـه، وحق اخبـار الحكـام القضـائيين أو الاداريـين امـر مستوجب للعقوبـة وحـق الدفـاع امـام المحـاكم واداء الشهادة ونشر الاخبار في الصحف ونقد التصرفات، والتعبير في البرلمان.

والعلة العامة في اباحة كل حالات القذف ترجع الى تقدير الشارع ان مصلحة المجتمـع تتطلـب الكشـف عـن الوقـائع ذات الاهميـة الاجتماعيـة ، وهـذه المصلحـة ترجح على المصلحة في صيانة شرف الناس واعتبارهم ، فضلا عن حسن نية مـن ارتكب القذف ونبين فيما يلي حالات القذف المباح كل حالة على حده.

١ - الطعن في اعمال الموظف العام:

بعد ان بينت الفقرة الاولى من المادة ٣٠٢ عقوبات اركـان جريمـة القـذف، نصت في فقرتها الثانية على ما يأتي: " ومع ذلك فالطعن في اعمال موظف عام او شخص ذي صفة نيابية عامة او مكلف بخدمه عامة لا يدخل تحت حكم هـذه المـادة اذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى اعمال الوظيفـة او النيابـة او الخدمـة العامـة، وبشرط اثبات حقيقة كل فعل اسند اليه ولا يقبل من القاذف اقامه الدليـل لاثبـات مـا قذف به الا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة".

ونتناول فيما يلي علة الاباحة، وشروطها، ودور حسن النية فيها.

أ - علة الاباحة ونطاقها:

فالعلة في اباحة الطعن في أعمال الموظف العام ترجع الـى نشـاط الموظـف العام الذي يهـدف الـى إدارة المرافـق العامـة، وصفتـه الاجتماعيـة، باعتبـاره يعنـي المجتمع الذي له مصلحة أساسية في أن يؤدي هذا العمل طبقا للقانون وأن تستهدف به المصلحة العامة وحدها، والكشف عن الحـالات التـي يخـل فيهـا الموظـف العـام بواجبه.

كما أن العلة في اباحة القذف الموجه الـى غيـر الموظفين كأصحـاب الصفـة النيابية والمكلفون بخدمة عامة (١) هي تقدير الشارع ان هؤلاء الاشـخاص يـؤدون أعمـالا ذات أهميـة اجتماعيـة لا تقل عـن أهميـة الأعمـال التـي يختـص الموظفـون العلمون بأدائها، فتكون للمجتمع كذلك مصلحة في الكشف عن الحالات التي يخلـون فيها بواجباتهم.

والاصل أن نطاق الاباحة مقتصر على القذف ، فـلا يمتـد الـى السـب، وعلـة ذلك أن السب لا يفترض اسناد وقائع محددة بحيـث يتصـور بـأن للمجتمـع مصلحـة في الكشف عنها، وانما يتحقق بمجـرد رمـي المجنـي عليـه بمـا يخـدش شـرفه دون تحديد لوقائع معينة، ومن ثم لا تكون للمجتمع مصلحة في اباحته.

ولكن بعض القوانين العربية قد وسعت في نطـاق الاباحـة فجعلهـا تمتـد الـى السب، فالمادة ١٨٥ من قانون العقوبات المصري تبيح السب الموجه الى الموظـف العام او الشخص ذي الصفة النيابية او المكلف بخدمة عامة فنصت على ما يلـي: " اذا وجد ارتباط بين السب وجريمة قذف ارتكبها ذات المتهم ضـد نفس مـن وقعـت عليه جريمة السب" وكذلك المادة ١٨٦ من قانون العقوبات الاردني.

---

(١)لا يعتبر من هؤلاء المحامي وهو يؤدي واجبه امام المحكمة (نقض ١٢ مارس سنة ١٩٣١ مجموعـة القواعد القانونية ج٢ رقم ٣٠٢ ص ٢٦٤، او وكيل بنك التسليف الزراعي وهو يؤدي أعمـالا خاصـة بالبنك (نقض) ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٢٩٧ ص ٣٨٤.

وهذه النصوص لا تبيح السب الا اذا ارتبط بقذف، لأن الشارع يبيح السب من اجل القذف مفترضا ان التجاء المتهم الى السب قد استلزمه القذف باعتباره كان وسيلة لتدعيم قوله أو توضيحه وتأكيده . وقد أباحت هذه القوانين السب كي تمكن الجاني من الكشف عن الوقائع ذات الاهمية الاجتماعية التي يعنى المجتمع اثبات حدوثها فيستطيع اصلاح ضررها او درء خطرها. (١)

ب - **شروط اباحة الطعن في اعمال الموظف العام:**

حددت الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات شروط اباحة الطعن في اعمال الموظف العام ومن في حكمه وهي على النحو التالي:-

الشرط الاول: ان يكون القذف مسندا الى أحد الأشخاص العموميين.

ويعتبر اشخاصا عموميين في حكم القذف الموظفون العموميون وذوو الصفة النيابية العامة والمكلفون بخدمة عامة.

الموظف العام:

لم يرد في قانون العقوبات تعريف للموظف العام، فلا مناص من الرجوع في ذلك الى تعريفه في القانون الاداري، على أن من المصلحة ايراد تعريف خاص بقانون العقوبات للموظف العام، بالنظر الى قيام علة تطبيق النصوص الخاصة بالموظفين في هذا القانون على غيرهم ممن لا يعتبرون موظفين في حكم القانون الاداري، ولهذا السبب اضطر المشرع في جرائم الرشوة والاختلاس الى اعتبار بعض الاشخاص في حكم الموظفين وفقا للمادة ١١١ عقوبات.

وقد عني القضاء، وخاصة القضاء الاداري بتعريف الموظف العام (٢) ويمكن تعريفه بأنه كل شخص يعهد اليه بأداة قانونية بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ١٤٢.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ١٨٨.

الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق الاستغلال المباشر. ويقوم هذا التعريف على توافر ثلاثة عناصر رئيسية:

العنصر الاول:

صدور أداة قانونية يلحق بمقتضاها الشخص في الخدمة. ومن ثم فإن مجرد استيفاء المرشح الشروط المقررة للتعيين في الوظيفة العامة لا يكفي لاعتباره معنيا فيها، وانما يلزم حصول التعيين بالاداة القانونية المقررة.

العنصر الثاني:

ان يقوم الشخص بعمل دائم ، والمناط في دائمية الوظيفة هو بحسب طبيعتها والعلاقة التي تقوم بين الموظف والحكومة على أساسها، فمتى كان الشخص يشغل وظيفة على وجه الاستمرار، بحيث لا تنفك عنه الا بالوفاة، او بالاستقالة او بالعزل، فانه يعتبر من الموظفين العموميين، فاذا كانت العلاقة عارضة فانها تندرج في مجالات القانون الخاص. (١)

العنصر الثالث:

ان يساهم الشخص بفعله في خدمة مرفق عام تديره الدولة أوا حد اشخاص القانون العام عن طريق الاستغلال المباشر، وسواء كان المرفق من المرافق العامة الادارية او من المرافق الهامة الاقتصادية، ومتى توافرت العناصر الثلاثة السابقة فلا يؤثر في اعتبار الشخص موظفا عاما النظام القانوني الذي يحكمه، فقد يكون النظام القانوني العام، وقد يكون نظاما خاصا، كهيئة التدريس بالجامعات ورجال الجيش او الشرطة. (٢)

---

(١) المحكمة الادارية العليا في ١٢ يناير، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة المبادىء س ٢ رقم ٣٧ ص ٣٢٣، رقم ٢١ ص ١٧٦.

(٢) . نقض ٣٠ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ٨١ ص ٣٦٤.

ولا يشترط رضاء الموظف بالتعيين، فالمكلفون بالتعيين في وظائف معينة موظفون عموميون. [١]

ذو الصفة النيابة العامة:

يراد بذوي الصفة النيابة العامة أعضاء المجالس النيابية على اختلاف أنواعها واختصاصاتها، وتعدد وسائل الحصول على عضويتها، فيدخل في هذا المعنى أعضاء المجالس النيابية العامة التي تباشر السلطة التشريعية او تشترك في مباشرتها، ويدخل فيها كذلك اعضاء المجالس النيابية المحلية التي تساهم بنصيب في الوظيفة التنفيذية للدولة كمجالس المحافظات أو المدن وسواء أن يكون ذو الصفة النيابية العامة منتخبا أو معنيا.

المكلفون بخدمة عامة:

يراد بالمكلف بخدمة عامة كل شخص يقوم بعمل معين باسم الدولة ولحسابها، فهو يختلف عن الموظف في ان علاقته بالدولة ليست دائمة، ومن ثم لم يكن خاضعا للنظم والقواعد التي تسري على موظفي الدولة وتفترض علاقة لها طابع الاستقرار والدوام، وعلاقة المكلف بخدمة عامة بالدولة محدودة بحدود المهمة المكلف بها، فان انقضت وسويت الآثار المترتبة عليها انتهت علاقته بالدولة، ومثال المكلف بخدمة عامة من يستخدم في عملية احصاء السكان، والمترجم الذي تنتدبه المحكمة للقيام بالترجمة في دعوى.

وعلى الرغم من الفارق الواضح الذي يميز المكلف بخدمة عامة عن الموظف العام فان بينهما تشابها أساسيا ذلك أن كل منهما يعمل باسم الدولة ولحسابها، أي يباشر جزءا من اختصاصات الدولة وعمله ذو أهمية اجتماعية تبرر أن تكون للأفراد رقابته وأن يباح لهم إثبات القذف الصادر عنهم في شأنه.

(١) محكمة القضاء الاداري في ١٦ ابريل سنة ١٩٦١ مجموعة مجلس الدولة س ١٥ ص ٩٤.

الشرط الثاني:

ان تكون الامور المسندة الى ذي الصفة العمومية متعلقة بأداء الوظيفة العامة أو الخدمة العامة، فبهذا تتحقق الحكمة من اباحة القذف وهي الكشف عن سيئات الموظفين، اما اذا كانت وقائع القذف المسندة الى الموظف أو من في حكمه ليست متعلقة بوظيفته، بل كانت متعلقة بحياته الخاصة، فان اسنادها لا يكون جائزا. (١)

إلا أن نطاق الاباحة يمتد الى اسناد الوقائع التي تتعلق بشئون الحياة الخاصة اذا ثبت الارتباط الوثيق بين هذه الوقائع وأعمال الوظيفة العامة او المهنة أو المهمة، ومثال ذلك الارتباط أن يسند القاذف الى المجني عليه ان زوجته او عشيقته تسيطر عليه مريدا بذلك الاشارة الى انها تتدخل في أعمال وظيفته أو مهنته على النحو الذي يحقق مصلحتها الخاصة. اما اذا انتفى الارتباط الوثيق بين هذه الوقائع وأعمال الوظيفة او المهنة أو المهمة فلا سبيل الى اباحة القذف الذي تعلق بالحياة الخاصة، ولقاضي الموضوع تقدير هذا الارتباط والحجة في هذا الرأي انه اذا قام الارتباط الوثيق على هذا النحو، فقد صارت الوقائع المتعلقة بشئون الحياة الخاصة متعلقة كذلك بأعمال وظيفة المجني عليه واكتسبت تبعا لذلك اهمية اجتماعية وصار متعينا ان يكون للرأي العام رقابة عليها في حدود الارتباط الوثيق.

الشرط الثالث:

ان يكون القاذف حسن النية:

فيلزم ان يكون موجه القذف يعتقد في ضميره بصحته وأن يكون قد قدر الامور التي نسبها الى الموظف تقديراً كافيا. (٢) وتوافر هذا الشرط يمنع من قيام المسئولية

---

(١) نقض ٤ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٣٧ ص ١٩٠، نقض ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س١ رقم ٢١٦ ص ٦٥٧.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المرجع السابق ص ١٥٦.

عن القذف ولو لم تثبت صحة وقائعه ، لأن الفاعل لا يكون مخطئا ، ونبين فيما بعد مدلول حسن النية وعلة اشتراطها وعناصرها على نحو من التفصيل.

الشرط الرابع:

ان يثبت القاذف صحة كل امر اسنده الى المقذوف:

فيجب أن يقيم القاذف الدليل على صحة الوقائع التي اسندها الى المجني عليه، فان عجز عن ذلك فليس للاباحة محل ولو توافرت سائر شروطها، وحكمة تطلب هذا الشرط، ان القاذف لا يقال عنه انه قد حقق مصلحة المجتمع على نحو ترجح به هذه المصلحة عما للمجني عليه من حق في الشرف والاعتبار، الا اذا كانت الوقائع التي تضمنها قذفه صحيحه بحيث يستفيد المجتمع من الكشف عنها، اما إذا كانت هذه الوقائع غير صحيحة فليس للمجتمع مصلحة في اسنادها الى المجني عليه، بل أن المجتمع يتأذى بذلك، اذ يهدد شرف الناس واعتبارهم بغير مقتض.

وهذا الشرط ذو طبيعة موضوعية لانه يفترض صحة الواقعة ذاتها وهو بذلك يتميز عن حسن النية، اذ لحسن النية طبيعة شخصية لأن قوامه اعتقاد بصحة الواقعة واستهداف تحقيق المصلحة العامة باسنادها، ومن المتصور أن يتوافر حسن النية وينتفي هذا الشرط ، كما لو اعتقد القاذف صحة الواقعة واستهدف باسنادها المصلحة العامة، ولكنها كانت في ذاتها غير صحيحة فعجز عن اقامة الدليل عليها. وغني عن البيان أنه لا يغني عن هذا الشرط توافر حسن النية. (٢)

---

(١) نقض في ٤ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩، ٨ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٩ ص ١٠٦.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ١٥٨، انظر الدكتور أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق ص ٧٢٥.

ج – دور حسن النية في اباحة الطعن في أعمال الموظف العام:

في القانون الوضعي

مفهوم حسن النية:

جاءت تعليقات الحقانية على المادة ٣٠٢ عقوبات مبنية المقصود بحسن النية فذكرت ان " شرط حسن النية هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع لا يمكن أن تقرر لها قاعدة ثابتة لكن يلزم على الاقل ان يكون موجه الانتقاد يعتقد في ضميره صحته حتى يمكن ان يعد صادرا عن سلامة نية وان يكون قدر الامور التي نسبها الى الموظف تقديرا كافيا وأن يكون انتقاده للمصلحة العامة لا لسوء القصد".

وتبين هذه التعليقات ان حسن النية يفترض اعتقاد القاذف ان الوقائع التي يسندها الى المجني عليه صحيحة، وأن هذا الاعتقاد كان وليد تحر وتقدير كاف للأمور، ويفترض حسن النية أخيرا ان اسناد هذه الوقائع الى المجني عليه كان يهدف الى تحقيق المصلحة العامة لا مجرد الأضرار بالمجني عليه.

علة اشتراط حسن النية:

اشتراط حسن النية في اباحة القذف هو تطبيق للقاعدة العامة في اعتبار حسن النية شرطاً عاماً لاستعمال الحق: فالقذف على النحو الذي يبيحه القانون هو استعمال لحق يقرره، ومن ثم كان منطقيا ان يتقيد بكل ما يتقيد به استعمال الحق، ومن بين هذه القيود حسن النية. (١)

وتبدو أهمية حسن النية في اباحة القذف، في ان القاذف غير جدير بتسامح القانون الا اذا استهدف بنشاطه خدمة المصلحة العامة، بالكشف عن أوجه الخلل في

---

(١) Paris, 5 Juill, 1939, D, Hebd, 40. P. 33.

الأعمال ذات الأهمية الاجتماعية، أما اذا كان مضللا يقول ما يعتقد انه غير حق مستهدفا الاضرار بالأفراد أو بالمصلحة العامة فلا مبرر لأن يبيح له القانون فعله ولو استطاع اقامة الدليل على ما يسنده الى المجني عليه. (١)

وتقول محكمة النقض المصرية في بيان أهمية حسن النية في القذف " لقد كان رائد الشارع المصري في وضع قاعدة سلامة النية الحرص على المصالح العامة من أن تنالها المثالب وحماية سمعتها من تهجمات من يطعن على الموظفين ومن في حكمهم ارضاء لسخيمة في نفسه حتى ولو كان طعنه صحيحا. فمثل هذا الطاعن يجب ان لا يحتمي بامكانه اثبات صحة الوقائع التي ينسبها للمقذوف فيه فتنفسخ له طرق التشهير والزراية ويلحق بالمصالح العامة ما يفض من كرامتها". (٢)

عناصر حسن النية:

يقوم حسن النية على عنصرين: الأول اعتقاد القاذف صحة الوقائع التي يسندها الى المجني عليه، وقيام هذا الاعتقاد على أسباب معقولة مستنده الى البحث والتحري، والثاني هو استهداف تحقيق المصلحة العامة.

الاول: الاعتقاد بصحة وقائع القذف:

الاعتقاد بصحة وقائع القذف يعني الاقتناع بنسبتها الى المجني عليه، اما مجرد الشك في صدورها فغير كاف للقول بتوافر حسن النية ، اذ تتطلب المصلحة العامة ان يصان على نحو خاص اعتبار من يقومون بأعمال ذات أهمية وأن تكفل الثقة

---

(١)نقض ١٤ مارس س ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج٢ ، رقم ٣٣٣ ص ٤٦٩، ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٧ ، ٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٤٩ ص ١٨٧.

(٢) نقض ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٣٤٢ ص ٤٩٢.

فيهم حتى يستطيعوا القيام بواجباتهم، فلا يتفق والمصلحة العامة أن تسند الى أحدهم وقائع لا يقتنع من اسندها بصحتها.

ويفترض هذا العنصر لحسن النية ان القاذف قد قدر الوقائع التي اسندها الى المجني عليه تقديرا كافيا، فلم تصدر عنه عباراته الا وهي قائمة في ذهنه على أساس من البحث والتحري مستنده في تقديره الى أسباب معقولة. اما اذا لم يثبت البحث والتحري فان مجرد الشك او الطعن بصحة هذه الوقائع غير كاف لتوافر هذا العنصر من عنصري حسن النية.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذه الحقيقة فقالت: " حسن النية المشترط في المادة ٣٠١ من قانون العقوبات ليس معنى باطنيا بقدر ما هو موقف او حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الامور رغم تقديره لها تقديراً كافيا واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقوله ". (١)

وقد أرادت محكمة النقض بذلك أن تقرر أن حسن النية ليس حالة نفسية خالصة قوامها الاعتقاد المجرد بصحة وقائع القذف ، ولكنه كذلك ظروف خارجية يستند اليها هذا الاعتقاد ويستمد منها الاسباب المعقوله التي تبرره.

الثاني: استهداف المصلحة العامة:

لا يعتبر حسن النية متوافرا الا إذا ثبت أن القاذف قد استهدف بإسناده وقائع القذف الى المجني عليه أن يحقق المصلحة العامة بالكشف عن وقائع تهم المجتمع كي يسعى الى اصلاح ما يكشف عنه من خلل وانزال الجزاء بالمسئول عنه، أما إذا استهدف تحقيق مصلحة خاصة أو اشباع احقاد شخصية وانزال الضرر بشخص أو أكثر فهو سيء النية ولو كان مقتنعا بصحة الوقائع واستطاع بالفعل

(١) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩.

اثباتها، ذلك أنه لم يكن متجها بفعله الى تحقيق الغاية التي من اجلها خوله القانون هذا الحق، فلم يكن بفعله مستعملا حقا على النحو الذي يقرره القانون ويتوافر به سبب الاباحة وقد أكدت محكمة النقض المصرية ضرورة استهداف المصلحة العامة لقيام حسن النية فقالت " ان حسن النية هو اعتقاد المتهم بصحة الوقائع التي ينسبها لغيره وأن يكون قصده مما يقترفه من ذلك مصلحة البلاد لا مجرد التشهير". (١)

وأضافت محكمة النقض قائلة: " ان كنة حسن النية في جريمة قذف الموظفين هو أن يعتقد موجه النقد صحته وان يقصد به الى المصلحة العامة، لا الى شفاء الضغائن والأحقاد الشخصية" (٢) وقالت محكمة النقض ايضا: " ان القانون صريح في المادة ٣٠٢ عقوبات في أن صحة الوقائع موضوع القذف في حق الموظف لا يكون لها تأثير في نفي الجريمة عن المتهم الا اذا كان حسن النية يسعى وراء مصلحة عامة ولم يكن همه النيل من المجني عليه والتشهير به" (٣) ويرى جانب آخر من الفقه (٤) ان حسن النية يتحقق باستهداف القاذف المصلحة العامة دون الحاجة الى اعتقاده بصحة وقائع القذف وقيام اعتقاده على أسباب معقولة مستندة الى البحث والتحري.

والواقع أن لهذا الرأي حجته وان كان ينتقده البعض على أساس أن (٥) استهداف المصلحة العامة غير متصور ما لم يستند الى اعتقاد بصحة وقائع القذف.

---

(١) نقض ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٣٢٣ ص ٤٦٩.

(٢) نقض ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٧.

(٣) نقض ١٩ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ١٤٢ ص ١٠٥.

(٤) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص المرجع السابق ص ٣٤٩.

(٥) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة ، المرجع السابق ص ١٦٧.

ثبوت حسن النية والعجز عن اقامة الدليل على صحة الوقائع المسنده:
والسؤال المطروح : هل يستفيد القاذف من الاباحة اذا ثبت حسن نيته ولكنه عجز عن اقامة الدليل على صحة الوقائع التي اسندها الى المجني عليه؟

انقسمت التشريعات العربية الى ثلاث اتجاهات على النحو التالي:

الاتجاه الاول:

ويرى انصار هذا الاتجاه ان اقامة الدليل على صحة وقائع القذف ليس شرطا للاباحة ويكفي ثبوت حسن نية القاذف لاباحة قذفه. (١)

الاتجاه الثاني:

ويذهب انصار هذا الاتجاه الى الاكتفاء باقامة الدليل على صحة وقائع القذف، وعدم تتطلب حسن النية القاذف . ويعني ذلك أن من اثبت صحة وقائع القذف استفاد من الاباحة ولو كان سيء النية، وترتيبا على ذلك ان من عجز عن اثبات صحة وقائع القذف ولكنه كان حسن النية عند اسناده هذه الوقائع الى المجني عليه لا يستفيد من الاباحة اذا لم يتوافر الشرط الذي يتطلبه القانون لقيام سبب الاباحة وان توافر له ما لا يتطلبه القانون لقيام هذا السبب. (٢)

والواقع ان القاذف يستطيع في هذه الحالة الاحتجاج بالغلط في الاباحة ومن ثم يعد القصد الجنائي لديه منتفيا فلا يوقع عليه عقاب القذف، والحجة في ذلك أنه اذا كان الشارع قد جعل ثبوت صحة الواقعة شرطا موضوعيا لتوافر سبب الاباحة، فان الاقتناع بتوافر هذا الشرط اذا اعتمد على أسباب معقولة، وهو احد عنصري

---

(١) من هذه التشريعات قانون العقوبات السوداني ، انظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المرجع السابق ص ١٦٧.

(٢) Class, Crim, 23 a ou't 1894. S. 96. 1. 201, Rennes, 2 feur 1925, D 1920 Dhebd, P. 277, Versailees, 23 Oct. 1935.

حسن النية، يعني اعتقاد الجـاني ان فعلـه مشـروع وانـه لا يجـاوز بـه حـدود حقـه، وبذلك يتحققَ الغلط في الاباحة وينتفي القصد الجنائي لديه.

ويمثل هذا الاتجاه قانون العقوبات الليبي وقانون العقوبات السوري، وقـانون العقوبات الاردني وقانون العقوبات اللبناني.

الاتجاه الثالث:

ومـن أصحـاب هـذا الاتجـاه قـانون العقوبـات المصـري وقـانون العقوبـات العراقي، ويتطلب هذان القانونان حسن نية القاذف واقامة الدليل على صحـة وقـائع القذف، ويعني ذلك أن اباحة القذف تتطلب توافر هذين الشـرطين معـا، فـاذا توافـر احدهما دون الآخر كما لو كان القاذف حسمن النيـة ولكنـه عجـز عـن اقامـة الدليـل على صحة وقائع القذف فليس لـه أن يستفيد مـن الاباحـة . فهـل يحتـج بـالغلط فـي الاباحة ؟ ذهب [١] رأي بذلك في الفقه المصري محتجا بأن حسن النيـة يعنـي غلطـا منصبا على شرط موضوعي للاباحة وهو صحة وقائع القذف - وبهذا الغلط تتوافر كل مقومات الغلط في الاباحة وينتفي القصد الجنـائي، وان كـان البعض الآخـر [٢] يرى أن الغلط في الاباحة حالة نفسية جوهرها الوهم الخـاطىء وموضوعها شـرط اباحة انتفى فعلا ولكن اعتقد الجاني توافره.

دور حسن النية في الشريعة الاسلامية:

يمنع الاسلام الاقوال التي تضر بالغير، ويعتبرها من قبيل الجرائم، كـالقذف

---

(١) انظر الدكتور - محمود محمود مصطفى- شرح قانون العقوبات ، القسم الخـاص المرجـع السـابق ص ٣٤٠ ص ٢٩٩، الدكتور احمد فتحي سرور، الوسـيط فـي قـانون العقوبـات، القسـم الخـاص، المرجـع السابق ص ٣٥١.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق ص ٢١٩.

والسب والغيبة والنميمة ونحو ذلك.

والقذف جريمة، ولا يمكن تبريره بحال، وهو موجب للحد، ويضبط حالات الاباحة في هذا المجال احد ضابطين، هما الحق والواجب. ومقتضى الضابط الاول ان يكون لكل فرد الحق في أن يطعن في أعمال الموظف العام. ويتخذ هذا الحق مظهرين:

الاول: أن يكون الطاعن قد تضرر من سلوك الموظف العام ، ويحكم هذه الحالة ولاية المظالم [١] والثاني ان يكون الطاعن ناهيا عن المنكر فلكل فرد الحق في أن يشير الى مخالفات الموظف العام باعتبارها صورة من صور المنكر، ويجب على المسلم على سبيل الكفاية ان ينكر المنكر الظاهر بيده او لسانه، وهذا يدخل في نطاق الحسبة، وذلك عملا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام " من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه، وذلك اضعف الايمان". [٢]

ومقتضى الضابط الثاني ان يكون على افراد معنيين متابعة المخالفات والابلاغ عنها او زجر مرتكبيها ، ويحكم هذه الحالة ما يعرف بولاية الحسبة.[٣]

وفكرة الحسبة بمفهومها الشامل المرادف لمعنى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر تصلح اساسا لاباحة الطعن في اعمال ذوي الصفة العمومية بصفة خاصة وغيرهم من عموم الناس اذا خرجوا عن مقتضى الشرع.

---

(١) الاحكام السلطانية والولايات الدينية للامام ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي ٤٥٠هـ ، دار التوفيقية، القاهرة سنة ١٩٧٨ ص ٨٦.

(٢) صحيح مسلم للامام ابن الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري، مكتبة عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

(٣) الدكتور يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥ ص ٢٧٧.

والحسبة تقتضي حسن النية ، أي ان يكون الباعث عليها هو الرغبة في الاصلاح تحقيقا لامر الله وطلبا لثوابه، وليس الانتقام او شفاء الضغائن، لان ذلك منكر في ذاته ويجب انكاره ومن ثم كان على المحتسب ان يراقب قلبه، ويعلم ان الله مطلع على باعثه.

وقد وضع الامام الغزالي معيارا للباعث الشريف الذي تقوم عليه الاباحة وغير الشريف الذي لا اباحة معه فقال ينبغي ان يمتحن المحتسب نفسه فاذا وجد أن " امتناع الانسان - صاحب المنكر - عن المنكر بنفسه أو باحتساب غيره أحب اليه فان باعثه هو الدين".

ويعني هذا أن المحتسب يجب ان يكون راغبا في تحقيق الاصلاح فقط، ولا يهمه تحقق على يده ام على يد غيره.

والواقع ان تجرد الناقد او الطاعن في أعمال الناس وتصرفاتهم من شرط حسن النية يجعل ذلك السلوك منه بعيدا عن مقتضى الاباحة. فاذا توافر سوء النية بأن كان يريد التشهير رغبة في الانتقام والتشفي او يريد تحقيق غرض آخر غير مشروع ، فان ذلك يجعل من سلوكه نوعا من الجرائم القولية وتجب عليه العقوبة حتى ولو كان صادقا في قوله. (١)

والجدير بالملاحظة أن الشريعة الاسلامية قد جعلت للاباحة نطاقا أوسع عن القانون الوضعي وذلك انطلاقا من فكرة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بصفة عامة فلم تجعل الاباحة مقصورة على حالة الطعن في أعمال الموظفين العموميين، كما أنها اقامتها على أساس أوسع من مجرد الحق او الواجب، وذلك انطلاقا من وظيفة الاحتساب التي قد تكون واجبا وقد تكون مندوبا بالاضافة الى حالة التظلم التي هي حق. وفي الحسبة يكون للنية دور أكثر وضوحا ، باعتبارها وظيفة اجتماعية تؤدي ابتغاء وجه الله تعالى.

---

(١) انظر الدكتور علي حسن عبدالله الشرفي، الباعث وأثره في المسئولية الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

٢ - حق التبليـغ:

التبليغ الصادق عن الجرائم حق لكـل انسـان، بـل هـو واجـب عليـه اذا كـان موظفـا علـم بالجريمـة أثنـاء تأديـة عملـه أو بسـببه (المادتـان ٢٥ و ٢٦ اجـراءات جنائية).

وتشترط هاتان المادتان أن يكون التبليغ عن جريمة من الجرائم التـي يجـوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى او طلـب، وهـو قيـد يتفـق مـع حكمة تقرير الحق في التبليغ او ايجابه، فلا يكون التبليـغ مباحـا اذا كـان موضوعـه جريمة زنا أو سرقة بيـن الاصول او الفروع او الازواج او فعلا فاضحا غير علني مع امرأة.(١)

أما التبليغ الكاذب فهو محاولة لادخال الغبن على السلطات، وتضليل العدالة، والاضرار بالمبلغ ضده بتعريضه للشبهات ومتاعب التحقيق والمحاكمة.

وقد تضمنت المادة ٣٠٤ عقوبات اباحة التبليغ الصـادق عـن الجرائـم وأن كـان ينطوي مثل هذا الاخبار على جريمة قذف.(٢)

اما المادة ٣٠٥ عقوبات فقد جرمت التبليغ اذا كان غـير صـادق تحـت اسـم (البلاغ الكاذب) وسوف نبين ذلك فيما بعد في دور سوء النية في التجريم .

وحددت المادة ٣٠٤ الشروط الواجب توافرها في التبليغ الصادق عن جرائم الحكام القضائيين او الاداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله" فيكون التبليغ مباحـا اذا فنصت على انه " لا يحكم بعقاب القذف على من أخبر بالصدق وعدم سـوء القصـد توافرت الشروط الآتية:

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ١٧٧ الدكتور رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ ص ٢٦١.

(٢) انظر نقض ١١ مارس سنة ١٩٥٧، مجموعة أحكام النقض ، س ٨ رقم ٦٥ ص ٢٢٨.

أ - أن يكون التبليغ موجها الى احدى جهات القضاء أو الادارة ، فيدخل تحت عبارة الحكام القضائيين والاداريين الواردة في المادة ٣٠٤ كافة رجال الدولة، كرئيس الدولة والوزراء وكافة الرؤساء الاداريين المختصين بتلقي بلاغات من الاخرين عما يقع من الموظفين العموميين من جرائم او من اخلال بواجباتهم، وبتوقيع الجزاء عليهم عن صحة البلاغ. (١)

كما يدخل في عبارة الحكام القضائيين والاداريين رجال النيابة والضبط القضائي بوصفهم مكلفين بتلقي البلاغات عما يقع من الجرائم المختلفة من الافراد والموظفين العموميين على السواء، وقد أثير بعض الخلاف بشأن التبليغ الى السلطة التشريعية ، والراجح انه تدخل ايضا في نطاق المادة ٣٠٤، لأن هذه السلطة تتولى بدورها تبليغه الى جهات الاختصاص فهو تبليغ غير مباشر.

على أية حال يجب أن تتوافر في جميع الاحوال نية توصيل البلاغ الى الجهة المختصة به بطريق مباشر أو غير مباشر وقد يتأتى تحقيق ذلك ولو بالتبليغ الى جهة غير مختصة. (٢)

ب - أن يكون التبليغ عن واقعة تستوجب عقوبة جنائية أو تستوجب عقوبة تأديبية مؤدية للاحتقار في نفس الوقت. فاذا كان التبليغ عن أمور لا تخضع للعقاب فلا يتوافر حق التبليغ ، فهذا الحق لا يثار الا اذا توافرت أركان جريمة القذف ، واسناد واقعة تستوجب عقوبة تأديبية دون أن تستوجب الاحتقار لا يعد قذفا ولكنه قد يعد بلاغا كاذبا اذا كانت الواقعة مكذوبة وكان المبلغ سيء القصد. فهناك اختلافات بين

---

(١) انظر نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد الجنائية ج ٢ رقم ١٩٠ ص ٢٤٧.

(٢) انظر نقض ٥ مارس ١٩١٠ مجموعة القواعد القانونية س ١١ عدد ٧٦.

(٣) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، القسم العام ، منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٩٩ ص ١٠٦٨.

الجريمتين من بينها القذف يتحقق سواء كانت الوقائع المسندة الى المجني عليه كاذبة ام صحيحة ما دامت توجب احتقاره عند اهل وطنه ولا يشترط فيها بالضرورة ان تستوجب عقوبة ما. أما البلاغ الكاذب فلا يتحقق الا اذا كانت الوقائع مكذوبة ويلزم فيها عقوبة جنائية أو تأديبية . والقذف يتطلب العلانية، ولا يتطلبها البلاغ الكاذب، والقذف لا يستوجب اخبار السلطات العامة حين يتطلب البلاغ الكاذب والقذف لا يتطلب نية الاضرار اذ الضرر فيه عنصر مفترض، حين يتطلب البلاغ الكاذب بحسب السائد نية الاضرار بالمبلغ ضده.

ج – أن يكون المبلغ حسن النية:

يشترط في التبليغ المباح، أن يكون المبلغ حسن النية، أي معتقدا صحة ما أبلغ به، وأن يكون اعتقاد مبنيا على اسباب معقولة.

وانه وان كان ظاهر النص يستلزم الاخبار بالصدق، أي ان تكون الواقعة موضوع البلاغ صحيحة، الا أن الشارع لا يمكن أن يكون قد قصد منع التبليغ ما لم يكن بيد المبلغ الدليل على صدق ما أبلغ به، اذ ذلك لو كان من قصده لكان من شأنه الاضرار بالمصلحة العامة. (١) فمتى كان المبلغ يعتقد صحة ما ابلغ به فانه لا يسأل جنائيا، ولكنه يسأل مدنيا اذا كان قد بادر الى التبليغ بغير التثبت والتحري اللازمين لاستيفاء العنصر الآخر لحسن النية ، فهذا خطأ يسبب ضررا يلزم من ارتكبه بالتعويض طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدني. (٢) ومتى كان التبليغ صادقا فان القذف الذي يتضمنه البلاغ يعتبر مباحا فلا يستوجب أي من المسئولية الجنائية او المدنية ، على انه قد لا يكون البلاغ صادقا ويعتقد الجاني خطأ بصدقه. ومع ذلك تنتفي مسئولية الجاني الجنائية لا على اساس الاباحة وانما على انتفاء

---

(١) نقض ٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٤٤٨ ص ٥٨١.

(٢) نقض فرنسي ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ ص ٢٨٦ ، نقض مصري ١١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١١ ص ٤٥.

قصده الجنائي أعمالا لفكرة الغلط في الاباحة على أنه يشترط في هذه الحالة أن يتوافر حسن النية عند الجاني بأن يتوافر لديه قصد تحقيق المصلحة العامة. (١)

٣ - حق الدفاع وأداء الشهادة أمام سلطات التحقيق :

أ - حق الدفاع أمام المحاكم:

تنص المادة ٣٠٩ عقوبات على أنه " لا تسري أحكام المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٥ و ٣٠٦ و ٣٠٨ على ما يسنده أحد الاخصام لخصمه في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم ، فإن ذلك لا يترتب عليه الا المقاضاة او المحاكمة التأديبية (٢) ويراد بهذه المادة أن جريمة القذف لا تتوافر في حق من يدلي بواقعة اختفى اذاعتها الدفاع الشفوي او الكتابي في قضية امام المحاكم. ذلك لأن الدفاع حق يبيح كل ما يذاع في سبيله من أمور.

ويشترط لتطبيق المادة ٣٠٩ عقوبات الشروط التالية:

الاول: أن يكون الاسناد موجها من خصم الى آخر، ولوكيل الخصم هذا الحق أيضا، فهي من الحقوق القابلة للانتقال (٣)، ولذلك لا يجوز الطعن في مشاهد أو خبير أو غيرهما ممن ليسوا خصوما في الدعوى.

الثاني: أن يكون الاسناد حاصلا من الخصم أثناء الدفاع عن حقوق أمام المحكمة شفويا او كتابة، وقد جرى القضاء على أن حكم المادة ٣٠٩ يتناول أيضا ما يبديه الخصم في عريضة الدعوى (٤)، وما يدلي به أمام سلطات التحقيق الابتدائي.

---

(١) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق ص ٧٣٢.

(٢) نقض ٤ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٧١ ص ١٢٢.

(٣) نقض ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ١٨٥ ص ٢٥٤.

(٤) نقض ١٠ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٢٧، رقم ١٢٤ ص ٢٥٤.

الثالث: أن يكون الاسناد مما يستلزمه الدفاع عن الحق.

فيتشرط لاباحة الجريمة ان يكون ما تم اسناده له علاقة بالموضوع المتنازع عليه قضاء. فحكم بأن القول بأن المجني عليه ليس قاضيا خالصا للقضاء، بل يعمل بالتجارة يتضمن قذفا لا يستلزمه الدفاع في قضية مدنية رفعها القاذف (١) على القاضي يطالب فيها بدين ، فقضى ايضا اذا كان المتهم عند سؤاله امام المحقق في دعوى مشاجرة قد اقحم في أقواله ان المدعى سب الحكومة ورئيسها والعمدة ، ولم تكن لهذا علاقة بموضوع التحقيق ، ثم ثبت انه كان كاذبا في هذا القول قاصدا الاضرار بالمدعى لضغينه بينهما، فان معاقبته على جريمة البلاغ الكاذب تكون صحيحة.(٢)

الثالث: ان يكون الفاعل حسن النية معتقدا بصحة الامور المسندة وبان اسنادها مما يقتضيه الدفاع وأن يكون اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة.

وقد لا تكون الامور المسندة مما تقتضيه الدفاع ومع ذلك لا يسأل عنها جنائيا من وجهها اذا كان وقت ذلك يعتقد بصحتها وانها من مستلزمات دفاعه. واذا اضيف الى هذا انه قدر الأمور التي أسندها تقديرا كافيا فلا يسأل ايضا مدنيا أو يؤاخذ تأديبيا ، اما اذا لم يقدر ما اسنده تقديرا كافيا، فانه يسأل مدنيا وتأديبيا.(٣)

---

(١) انظر نقض ٦ نوفمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض س ٣١ رقم ١٨٩ ص ٩٧٥.

(٢) نقض ٣ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٦٥.

(٣) انظر نقض ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ١٨٥ ص ١٥٤، ٢٣ مارس ١٩٤٣ ج٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٢٩.

ب – **أداء الشهادة أمام سلطات التحقيق أو المحاكم:**

يتعين على كل انسان ان يحضر ويؤدي الشهادة اذا دعى لذلك امام سلطات التحقيق وامام المحاكم. ويدعم القانون هذا الالتزام بالجزاء الجنائي، فيعاقب من يمتنع من الحضور او اداء الشهادة بالعقوبات المقررة في المواد ١١٧، ١١٩، ٢٠٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨٤ اجراءات جنائية. وقد ينسب الشاهد في شهادته الى المتهم وقائع تعد قذفا، الا ان عمله يكون مباحا اذا توافرت الشروط التالية:

الاول: ان يكون الامر الذي ادلى به الشاهد في حدود هذا الواجب.

الثاني: الا يخرج الشاهد في شهادته عن موضوع الدعوى اذ يجب ان يكون الامر الذي أدلى به متعلقا بموضوع الدعوى، فقد قضى بانه اذا قرر الشاهد في دعوى نفقه ان المدعى عليه عنده نقود وأنه يقرض منها بالربا الفاحش، يعد ذلك متعلقا بموضوع دعوى النفقة (١) لا خارجا عن موضوعها فاذا خرج الشاهد عما يقتضيه المقام في الدعوى فانه يعاقب على ما قد تنطوي عليه اقواله من قذف وما اليه.(٢)

الثالث: ان يكون الشاهد حسن النية ، معتقدا أن الامر الذي أدلى به متعلقا بموضوع الدعوى، وأن يكون اعتقاده مبنيا على أسباب معقوله، اما اذا كان اعتقاد الشاهد بأن الامر الذي ادلى به متعلقا بموضوع الدعوى الا انه كان هذا الاعتقاد غير مبنيا على أسباب معقولة فانه ما ادلى به يعد قذفا ، كما لو ذكر الشاهد في دعوى جنائية عن اغتصاب ان المتهم ارتكب سرقة من حقيبة سيده. (٣)

---

(١) نقض ١١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١١ ص ٤٥.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص المرجع السابق ص ٧٩.

(٣) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات، جرائم القسم العام ، المرجع السابق ص ١٠٦٩.

٤ - حق نشر الاخبار في الصحف:

قد جرت الصحف سببا وراء الرواج والكسب بأي طريق على ان تذيع كل امر يشبع لدى القراء حب الاستطلاع او تحقق لديهم ميلا من الميول النفسية الدفينة بصرف النظر عن توخي قدر الصواب او الاعتدال عن اشباع هذا الميل وفي التوجيه السليم له ودون استرشاد بالمصلحة العامة في نشر الخبر اذا كان هناك رقابة على الصحف، ولكن فعاليتها تكاد تنعدم لان اعضاء هذه الرقابة والقائمين على امرها عليهم عبء كبير بتعدد الصحف وتواتر اصدارها يوما بعد يوم، او اسبوعا بعد اسبوع.

ويشترط لاباحة النشر في الصحف ما يلي:

أ - يتعين أن يكون النشر منصبا اولا على واقعة صحيحة لا كاذبة، او تجاوزا على واقعة يعتقد الناشر صحتها بناء على أسباب معقولة يبرزها والا كان نشره مكونا لجريمة القذف.

ب - ان تكون الواقعة موضوع النشر يفيد كافة الناس العلم بها فلا شأن للناس بأمر في الحياة الخاصة لأحد الافراد ، فتعد اذاعة مثل هذا الامر جريمة قذف، ولو كان أمرا صحيحا .

ج - يجب ان يكون التعبير المستخدم في النشر على الصحيفة تعبيرا متسما بالصفة الواقعية أي دائرا حول الواقعة المنشورة متصلا بها. (١)

د -يجب أن يتوافر في النشر حسن النية أي يهدف الى تبصير الناس بالحق أيا كان هذا الحق والا صارت الصحافة في تجارة بغيضة باعثها هو الكسب او الحــرص

---

(١) انظر الدكتور رمسيس بهنام - قانون العقوبات-جرائم القسم الخاص ، المرجع السابق ص ١٠٧٤

على السيطرة والنفوذ لا توخى وجه الحق، فحسن نية الناشر فيما ينشره يبيح هذا النشر. اذا كان هدفه المصلحة العامة لا الهوى والتجريح والتشهير .

٥ - حق النقد:

النقد هو ابداء الرأي في احد التصرفات دون المساس مباشرة بشخص صاحبها، ولا شك ان هذا النقد من شأنه تبصير المجتمع بما ينطوي التصرف من خطأ وتوجيهه الى الصواب، ويستند الحق فيه الى ما للناس من حرية في التعبير عن آرائهم ، وقد ينصب الانتقاد على نسبة واقعة معينة لو صحت لأوجبت عقاب من أسندت اليه او احتقاره، الا أنه مع ذلك يظل في دائرة المشروعية طالما أن الناقد لم يتجاوز المرسوم لحق النقد ويشترط لاباحة النقد الشروط التالية:

الاول: ان يرد النقد على واقعة ثابتة، فلا يبيح حق النقد التصدي الى الوقائع المستوره لكشفها الا في الحدود التي أبيح فيها هذا الفعل كما في حالة الطعن على اعمال الموظفين. كما لا يجوز أن يؤسس الناقد رأيه على مجرد شائعات. فاذا اعتقد الجاني خطأ ان الواقعة محل النقد ثابتة لا تتوافر جريمة القذف على أساس انتفاء القصد الجنائي، دون اخلال باحتمال مساءلته مدنيا اذا لم يكن اعتقاده الخاطىء يستند الى اسباب معقولة.

الثاني: ان يكون النقد في صورة رأي او تعليق على عمل او واقعة صدرت من المجني عليه هي وعاء النقد ، فاذا صدر الرأي بعيدا عن الواقعة التي ينسبها الى المجني عليه، يكون قد انحرف عن اصول حق النقد، ويجب أن يلتزم هذا الرأي بالعبارة الملائمة والألفاظ المناسبة للنقد ، وذلك باعتبار أن النقد ليس الا وسيلة للبناء لا للهدم، فاذا ما استعمل الجاني عبارات فيها مساس بشخص صاحب الامر

بغيـــة التجريـح والتشهيـــر بــه فـلا يكـون هنـاك ثمـة محـل للتحـدث عـن النقـد المباح. (١)

الثالث: ان يكون محل النقد ذات اهمية اجتماعية بحيث يؤدي انتفاءهـا الـى تحقيـق المصلحة العامة.

الرابع: يتعين توافر حسن النية في النقد، وذلك بأن يلتزم الناقد حدود الغرض الذي أبيح من اجله النقد ، وهو تحقيق المصلحة العامة، ويفترض هـذا الشـرط أن يكـون الجاني معتقدا لصحة الواقعة التي اسس عليهـا نقده بـدون ذلـك يكـون نقـده مسـتندا على الهوى والباعث الشخصي لا المصلحة العامة. (٢)

٦ – حق التعبير في البرلمان:

نصت المادة ٩٧ من الدسـتور المصـري علـى أن لا يؤخـذ أعضـاء مجلـس الشعب عما يبدونه من الافكار والآراء في أداء أعمـالهم فـي المجلـس وفـي لجانـه، ويأخذ حكم اعضاء مجلس الشعب اعضاء مجلس الشورى وفقـا لنـص المـادة ٢٠٥ من الدستور.

وبناء على ما تقدم فانه من حق أعضاء مجلس الشعب والشورى التعبير عن آرائهم أثناء أداء واجبهم البرلماني، ويجب أن نميز بين هـذا الحـق وبيـن الحصانـة البرلمانية التي يتمتع بها اعضاء المجلسين من الجرائم التي تقع منهم أثنـــــــــاء

---

(١) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الاحكام س ١٦ رقم ١٣٦ ص ٦٨٧ ، ٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٤٩ ص ١٠٨٧.

(٢) انظـر الدكتور احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبـــات – القسـم الخـاص المرجـع السـابق ص ٧٣٨.

عضويتهم فالاول يعتبر من أسباب الاباحة، بينما الثاني بمثابة قيد اجرائي على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية عن ما يرتكبه الاعضاء من جرائم اثناء عضويتهم.

ويحكم مباشرة حق التعبير في البرلمان الضوابط التالية:

أ - يشمل هذا الحق كل ما يبديه عضو المجلس من أقوال أو اشارات او كتابات او تصويت ولو انطوت على جريمة قذف أو سب او اهانة او فعل فاضح او تحريض عام معاقب عليه او بلاغ كاذب الا انه يجب أن يلاحظ ان اباحة هذا الفعل نسبية، فهي تقتصر على رفع وصف التجريم عن الفعل في داخل قانون العقوبات دون أن تمتد الى وصف الفعل في اللائحة الداخلية للمجلس ، ودون اخلال بتعريض العضو للجزاءات التي تنص عليها هذه اللائحة. ولا تمتد الاباحة على الافعال كالضرب ونحوه من أعمال العنف .

ب - يجب ان يكون ابداء الافكار او الآراء خلال أداء الاعضاء اعمالهم في المجلس او لجانه، فلا يتوافر هذا الحق بعد انفضاض جلسات المجلس. (١) او لجانه ولا تسري هذه الاباحة على ما يدلي به العضو من اقوال الصحف .

ج - يتعين أن يباشر العضو هذا الحق بحسن نية ، ويقصد بحسن النية هنا بالغاية المشروعة وهي المصلحة العامة، فالحق في التعبير امام البرلمان ليس ميزة للعضو بقدر ما هو ضمان للمواطنين في أن يتحدث نوابهم بكل حرية في البرلمان من اجل المصلحة العامة لا بغية التجريح والتشهير او الهوى الشخصي .

---

(١) Merle et vitu, Droit Penal Special 1982 T.2, No. 1963 P. 150.

المبحث الثاني
مبدأ حسن النية في أداء الواجب

تقسيــم:

يمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول مبدأ حســن النيـة فـي أداء الواجب في القانون الوضعي والثاني في بيان مبدأ حسن النية في أداء الواجب في الفقه الاسلامي.

المطلب الاول
مبدأ حسن النية في أداء الواجب في القانون الوضعي

تمهيد وتقسيم:

نصت المادة ٦٣ عقوبات على أنه : " لا جريمة اذا وقع الفعل من موظـف أميري في الاحوال الآتية:

أولا: اذا ارتكب الفعل تنفيذا لامر صادر اليه من رئيس وجبت عليـه اطاعتـه او اعتقد انها واجبة عليه.

ثانيا: اذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما امـرت بـه القوانيـن أو مـا اعتقـد ان اجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف العام أن يثبت انه لـم يرتكـب الفعـل الا بعد التثبـت والتحري وانه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

وهذا النـص يبيـح عمـل الموظـف اذا كـان مطابقـا للقـانون ، ويمنــع قيــام المسئولية عنه اذا كان مخالفا للقانون ولكن الموظف ارتكبه وهو حسن النية وبعـد التثبت والتحري.

وقد جاء في تعليقات الحقانية أن لهذه المادة غرضين:

الاول: النص بصراحة على عدم ارتكاب الموظف العمومي لأية جريمة عند قيامه بتنفيذ امر صادر اليه قانونا او عند تأديته واجبا محتما عليه قانونا.

ثانيا: تقرير حل كالسابق في حالة ما يكون الامر الصادر اليه ليس من الاوامر التي يجب عليه العمل بها، او كان هو أخطأ في معرفة واجبه ما دام عمله مبنيا على حسن النية، ومع الاحتراس الواجب بشرط ان يبين أسبابا قوية تأييدا لظنه مشروعية العمل الذي أتاه.

وبيان دور حسن النية في أداء الواجب كسبب للاباحة، تقتضي ان تتناول حسن النية في كلا من العمل المشروع، والعمل غير المشروع.

الفرع الاول
حسن النية في العمل المشروع

يكون عمل الموظف مشروعا اذا كان مطابقا للقانون، والقانون قد يعهد الى الموظف باختصاص محدد أي يحدد له الشروط اللازمة لاجراء العمل دون أن يترك له مجالا للتقدير، وقد يخول له سلطة تقديرية ، ونبين فيما يلي السلطة المقيدة، والسلطة التقديرية وحسن النية.

اولا: السلطة المقيدة للموظف العام:

وتكون السلطة مقيدة للموظف العام عندما يعهد اليه القانون باختصاص محدد، يحدد له الشروط اللازمة لاجراء العمل، واذا جاء العمل مطابقا لهذه

الشروط كان مباحا وفقا لسبب مطلق هو اطاعة القوانين، وفي هذه اطاعة لا يترك القانون للموظف مجالا للتقدير.

والموظف بالنسبة للاختصاص المحدد شأنه شأن الافراد، ومن يساهم معه في عمله يستفيد بدوره من السبب ، ومن قبيل الاختصاص المحدد أن القانون يوجب على مأمور السجن حبس أي انسان متى كان هناك امر بذلك موقع عليه من السلطة المختصة (المادة ٤١ اجراءات جنائية) ، ومتى وجد هذا الامر فان عمل المأمور يكون مباحا لأنه مطابقا للقانون ، وكذلك الشأن بالنسبة لمأمور الضبط القضائي الذي ينفذ أمرا صادرا من النيابة بالقبض على شخص او تفتيش منزله، وان كان مأمور الضبط يترك له التقدير في كيفية الضبط أو التفتيش ، فله مثلا أن يلجأ الى استعمال العنف مع المتهم او اتلاف باب المنزل لدخوله متى كان ذلك لازما، اما اذا لم يستدعي الامر ذلك فانه يلتزم دائرة الاختصاص المحدد أي مجرد تنفيذ الامر الذي يحمله. ومن قبيل الاختصاص المقيد أيضا تنفيذ المستخدم عقوبة الاعدام بناء على أمر من سلطة التنفيذ، في هذه الاحوال لا يمكن القول ان الموظف يستعمل سلطة ، بل هو يؤدي واجبا او ينفذ القانون على وجه لا مجال للتقدير فيه، واعمال الموظف من هذا القبيل ليست هي الأعمال التي عناها الشارع بالمادة ٦٣ عقوبات وانما الاعمال التي عناها هي التي تجيء استعمالا لسلطة تقديرية.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات - القسم العام المرجع السابق ، ص ١٩٢ الدكتور أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٣٣٠.

ثانيا: **السلطة التقديرية للموظف العام وحسن النية:**

فغالبا ما يترك القانون للموظف شيئا من الحرية، ومن السلطة التقديرية ومتى خلا عمل الموظف من عيب مخالفة القانون ومن عيب سوء استعمال السلطة فانه يكون مباحا، وهو العمل الذي عناها الشارع في المادة ٦٣ عقوبات وهو عمل ينفرد به الموظفون فيباح لهم دون غيرهم مما قد يساهمون معهم فيه. ويكون عمل الموظف مباحا اذا توافرت الشروط الآتية:

١ - **أن تكون هناك سلطة تقديرية:**

يخول قانون الاجراءات الجنائية لمأمور الضبط القضائي واعضاء النيابة العامة سلطات تقديرية في اجراء التحريات والقبض على المتهمين وحبسهم وتفتيش منازلهم ، وما اليها، من ذلك تخويل مأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الذي توجد دلائل على اتهامه (المادة ٣٤ اجراءات جنائية)، وتخويله تفتيش منزل المتهم في حالة التلبس اذا اتضح له امارات قوية ان بالمنزل ما يفيد في كشف الحقيقة (المادة ٤٧ اجراءات جنائية) فتقدير الدلائل او الامارات القوية متروك لمأمور الضبط القضائي. ومن كان عمله مطابقا للقانون خاليا من عيب سوء استعمال السلطة فانه يكون مباحا، لو تبين فيما بعد أن المتهم بريء مما اتهم فيه، فهذا لا يؤثر في مشروعية العمل.

٢ - **مطابقة العمل للقانون:**

ويكون عمل الموظف مطابقا للقانون اذا كان داخلا في اختصاص الوظيفة وروعيت فيه الشروط التي يستلزمها القانون من حيث الموضوع والشكل فالاختصاص في القانون يقابل الاهلية في القانون الخاص، ويترتب على عدم

توافره عدم مشروعية العمل، وسواء كان عدم الاختصاص راجعا الى المكان او النوع او الشخص، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية " اذا خرج مأمور الضبط القضائي عن دائرة اختصاصه لا تكون له سلطة ما، وانما يعتبر فردا عاديا، وهذه القاعدة العامة لأداء كل وظيفة رسمية". [١]

واذا كان الموظف ينفذ أمر رئيسه فانه لا يخول الا ما ورد في الاذن فالاذن بتفتيش المنزل لا ينسحب الى شخص المتهم [٢] والاذن بتفتيش متهم لا يخول القبض عليه. [٣]

ولا يكون العمل مطابقا للقانون الا اذا كان لازما لتحقيق الغرض المقصود من تخويل السلطة، فاذا امكن القبض على المتهم بقليل من العنف لا يجوز الالتجاء الى فعل يحدث موتا أو جروحا بالغة، وعندئذ يسأل الموظف عن هذا التجاوز بوصف العمد اذا كان مقصودا وبوصف الاهمال اذا كان نتيجة للرعونة.

٣ - الغاية المشروعة (حسن النية):

ويكون الموظف عمله مباحا اذا انصرفت نيته الى تحقيق الغاية التي ابتغاها الشارع، أي استهدف تحقيق المصلحة العامة التي من أجلها منحه القانون هذه السلطة. [٤]

---

(١) نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٩٧ ص ٢٥٥.

(٢) نقض ١٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٧٨٧ ص ٧٥٠.

(٣) نقض ١١ اكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٦٥٠ ص ٦٢٢.

(٤) انظر الدكتور اسحاق ابراهيم منصور ، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه القاهرة عام ١٩٧٤م ، ص ١٧٠.

وغني عن القول ان تخلف هذا الشرط يجعل عمل الموظف غير مشروع ولو تحققت الشروط الأخرى.

قد يكون عمل الموظف غير مشروع اذا باشر السلطة لتحقيق أغراض ومآرب أخرى بعيدة عن الصالح العام، كاستهداف مصلحة شخصية أو حزبية، وذلك لسوء نيته، وفي هذا تقول محكمة القضاء الاداري :" إن سوء استعمال السلطة الذي يعيب القرار الاداري هو توجيه اراده مصدره الى الخروج عن روح القانون وغاياته وأهدافه وتسخير السلطة التي وضعها القانون بين يديه في تحقيق أغراض ومآرب بعيدة عن الصالح العام. [١]

فقيام رجل الشرطة بالتدخل لفض مظاهرة سياسة تحمله على تلك الرغبة في تحقيق غرض حزبي أو اشباع شهوة الانتقام وليس الرغبة في تحقيق الامن أو السكينه العامة يجعل عمله غير مشروع.

ولكن المسألة تدق فيما لو تزامن باعثان احدهما مشروع والآخر غير مشروع، وفي هذه الحالة يكون تدخل الموظف مبررا بتوافر الغرض المشروع، ولو صادف أن العمل الذي قام به في هذا السبيل قد حقق له بالتبعية مصلحة شخصية، فتطبيق معيار حسن النية على هذه المسألة يسمح باحاطة فعل الموظف الذي ينفذ الامر ، القانوني بالاباحة لكونه غير خارج عن حدود أداء الواجب اذ هو يحقق المصلحة العامة، ويعد الغرض الشخصي ثانويا لا يؤثر في صحة العمل الذي يقوم به ولا يقدم في حسن النية ان تكون له غاية اخرى غير شريفة تتحقق بصورة عرضية، ومن قبيل ذلك الشخص الذي يسند الى ذي صفة عمومية واقعة صحيحة تعد قذفا مستهدفا المصلحة العامة بالكشف عن الواقعة المسندة وايقاع العقاب بالموظف، فحسن النية يتوافر بهذا، ويكون القذف مباحا بالتالي، ولـــو

(١) محكمة القضاء الاداري ١١ مايو سنة ١٩٥٠ ، ٨ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة س ٤ رقم ٢٢٤ ص ٧٣٧ رقم ٢٦٥ ص ٨٠٧.

رمى القاذف الى غرض آخر ثانوي كاشباع رغبة الانتقام من الموظف لاحقاد وضغائن بينهما [١]، ومثال ذلك ايضا اذا أمرت النيابة العامة مأمور الضبط بالقبض على متهم ، وكان ذلك المتهم علاقته بمأمور الضبط سيئة ، فاسرع الاخير الى التنفيذ تحدوه الى ذلك رغبتان : الرغبة في تنفيذ الأمر ابتغاء المصلحة العامة، والرغبة في الانتقام ابتغاء المصلحة الشخصية.

والغاية المشروعة هي ما عبرت عنها المادة ٦٣ عقوبات بحسن النية وهذا الشرط لا يرد قانونا الا اذا كانت تنفيذ أمر القانون في حدود السلطة التقديرية للموظف العام لا في حدود السلطة المقيدة، ففي هذه الحالة فقط تتوقف الاباحة على توافر الغاية المشروعة عند الموظف العام أي حسن النية، مثال ذلك تنفيذ أمر التفتيش، فان تحديد وسائل هذا التنفيذ أمر يدخل في حدود السلطة التقديرية لمأمور الضبط القضائي. فاذا قام بالتفتيش مستعملا وسائل تعسفية بقصد الانتقام، فان صدور أمر التفتيش لا يكفي لاباحة تنفيذه طالما أن الموظف العام لم يلتزم حسن النية عند القيام به.

ويلاحظ مما تقدم أن فكرة حسن النية او (مشروعية الغاية) تنحصر أهميتها في مجال السلطة التقديرية فقط [٢] بينما لا تنال هذه الأهمية في مجال السلطة المقيدة، وعلة ذلك واضحة وهي أنه في الحالة الاخيرة لا توجد سوى غاية معينة ومحددة نظمها القانون ضمن اطار المصلحة العامة بمقتضاها العام. ولا يملك الموظف الخروج عنها والا كان مخالفا للقانون. أما في حالة السلطة التقديرية فان

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص المرجع السابق ص ٢٣٦.

(٢) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٢٣.

الموظف العام تكون امامه عدة حلول، مما يعرضه عند اختيار احداها أن يقع تحت تأثير الهوى الشخص أو غيره من الغايات غير المشروعة، مما يوجب الزامه في هذه الحالة بأن يستهدف المصلحة العامة بمعناها الواسع في أي حل يختاره، وهذا المعنى هو ما عبر عنه فقه القانون الاداري في قوله: " بان الانحراف هو عبء ملازم لفكرة السلطة التقديرية، اما حيث تكون الادارة سلطة محددة واختصاصها مقيدا، فان عيب الانحراف لا يمكن أن يثور".[١]

---

(١) انظر الدكتور سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ ص ٩٥.

الفرع الثاني
دور مبدأ حسن النية في العمل غير المشروع

قد يخرج الموظف العام عن الحدود المرسومة له قانونا في ممارسته لأعمال وظيفية فيقع العمل الذي يقوم به خارج دائرة القانون سواء كان ذلك أثناء ممارسته للواجب القانوني المحدد له نصا او تنفيذه لأمر رئيس له تجب عليه طاعته، وان كانت حالات العمل غير القانوني غالبا ما تكون بمناسبة ممارسة السلطة التقديرية المخولة له، وقد يكون ذلك الخروج عن مقتضى القانون بحسن نية، اما اعتقادا منه بدخول هذا العمل في مناط اختصاصه الوظيفي وهو ما يطلق عليه بممارسة السلطة الظنية ، او كان تنفيذا لأمر غير مشروع من رئيس اعتقد بحسن نية ان طاعته واجبة عليه، وقد يصدر العمل غير القانوني عن الموظف العام عمدا، ومن ثم فهو مصحوب بسوء النية، ولا مراء في انه اذا كان العمل غير مشروع وممارسة الموظف العام عمدا أو وقع نتيجة اهمال فانه يخضع للقواعد العامة مع مراعاة الاستثناءات التي يخص المشروع بها الجرائم الوظيفية بوجه عام من حيث التجريم والمسئولية والعقاب والقواعد الاجرائية.

وسوف نتناول العمل غير القانوني في صورتين:

الاولى: التنفيذ التلقائي خلافا لامر القانون.

الثانية: تنفيذ الامر غير المشروع الصادر من الرئيس.

الصورة الاولى: التنفيذ التلقائي خلافا للقانون (السلطة الظنية)

اولا: ماهية السلطة الظنية:

قد يأتي الموظف العام عملا من أعمال السلطة معتقدا خلافا للواقع أنه عمل قانوني يدخل في مناط اختصاصه الوظيفي ، في حين ان هذا العمل في حقيقته مخالف للقانون ، والقانون لا يرخص في هذه الحالة للموظف العمل الذي قام به،

أي انه يحظره عليه لمجاوزته الحدود المرسومة لاختصاصه، ومثال ذلك مأمور الضبط القضائي الذي يقبض علىالمتهم في غير الحالات التي يجوز فيها القبض او يقبض على شخص غير المراد القبض عليه نظرا لتشابه اسمه مع آخر، وعضو النيابة الذي يأمر بحبس متهم في جريمة لا يجيز فيها القانون الحبس الاحتياطي، وضابط الشرطة الذي يغلق محلا عاما في غير الحالات التي يجوز فيها الغلق الاداري، واستعمال احدى العساكر السلاح للقبض على متهم هارب في غير الاحوال المسموح بها او خلافا لشروط استعمال السلاح، ففي كل هذه الحالات يمارس الموظف العام سلطة ظنية أو وهمية تنفيذا تلقائيا خلافا لامر القانون، ونلاحظ انه على الرغم من خروج العمل عن نطاق اختصاص الموظف، فصلته واضحة بالاعمال التي يختص بها، بحيث يكون مخالفته لاختصاصه وليد عدم الدقة في معرفته حدوده، ولذلك لا يكون لهذه الحالة محل حينما يكون عمل الموظف من نوع مختلف عما يختص به، فتنتفي هذه الحالة اذا صدر مأمور الضبط القضائي أمرا بهدم بناء او اصدر عضو النيابة أمرا بتوقيع عقاب، او اصدر موظف اداري امرا بحبس متهم احتياطيا، اذ لا يكون الموظف في هذه الحالات قد جاوز حدود اختصاصه ، وانما يكون قد استبدل باختصاصه اختصاصا مختلفا، فهو ليس مستعملا لسلطة وانما هو مغتصب لها.(١)

ورغبة من التشريعات المختلفة في توفير قدر من الحصانة للموظفين العموميين في أداء واجباتهم دون التعرض للمسئولية ، فقد رأت اخضاع هذه التصرفات للعقاب متى توافرت في التصرف شروط حددتها، فجاء في المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري يؤكد ذلك فنصت على أنه لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميري في الاحوال الآتية:

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام المرجع السابق ص ٣٤٥، الدكتور أحمد فتحي سرور، القسم العام، المرجع السابق، ص ٢٦٥، الدكتور مأمون محمد سلامه، القسم العام المرجع السابق ص ٢٧٠

أولا: اذا ارتكب الفعل تنفيذا لامر صادر اليه من رئيس وجبت عليه اطاعته أو اعتقد انها واجبة عليه.

ثانيا: اذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما امرت به القوانين أو ما اعتقد ان اجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف ان يثبت انه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة.

ثانيا: التكييف القانوني للفعل:

نصت المادة ٦٣ عقوبات على انه لا جريمة اذا حسنت نية الموظف وارتكب الفعل تنفيذا لما اعتقد ان اجراءه من اختصاصه.

وقد ذهب البعض تأييدا لظاهر النص أنه رغم وجود الجريمة فان الفعل يعتبر مباحا اذا كان الموظف قد ظن لاسباب معقولة بتوافر الشروط التي تبرر قيامه بالعمل مثال ذلك مأمور الضبط الذي يطلق عيارا ناريا على المتهم المراد القبض عليه عندما سارع بوضع يده في جيبه معتقدا خطأ ان المتهم يريد اخراج السلاح بينما أنه كان يريد اخراج منديله [١] ولكن هذا الاتجاه محل نظر، لأنه لا يوجد في هذه الحالة صراع بين مصلحتين تعرضت كل منهما للاعتداء ، وانما نحن حيال مصلحة واضحة تلك التي اعتدى عليها الموظف والقانون يطالبه بتنفيذ أوامر لا بمخالفتها. [٢]

والتكييف الصحيح لهذه الحالة هو اننا حيال غلط في الاباحة يتحقق باعتقاد الموظف أن العمل الذي قام به خطأ يدخل في اختصاصه، وهذا الغلط في الاباحة يؤدي الى نفي القصد الجنائي عن الموظف مع مساءلته عن جريمة غير عمدية اذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف على أنه لا تتوافر المسئولية غير العمدية

(١) انظر الدكتور رمسيس بهنام، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٨٥.

(٢) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات القسم العام- المرجع السابق ص ٢٣٨.

ايضا اذا كان الاعتقاد الخاطىء بمشروعية التنفيذ قد تم بعد التثبت والتحري وبناء على أسباب معقولة.

ثالثا: **شروط انتفاء المسئولية الجنائية :**

يشترط لعدم مسئولية الموظف عن مخالفته لامر القانون أن يكون حسن النية معتقدا مشروعية العمل وان اعتقاده بمشروعيته بني على أسباب معقولة، وأن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري.

أ - **نطاق حسن النية:**

ينصرف حسن النية بالمعنى الضيق الى مجرد الاعتقاد بمشروعية العمل، فيتوافر اذا كان الموظف جاهلا ما ينطوي عليه عمله من مخالفة القانون ، وقد يرجع الجهل بالمخالفة الى غلط في الوقائع ، وعندئذ يتوافر حسن النية بلا شبهة، لأن الغلط في الوقائع ينفي القصد الجنائي، ومثال ذلك أن ينفذ الموظف أمر القبض أو التفتيش خطأ على غير الشخص المطلوب القبض عليه أو في غير المنزل المطلوب، وقد يرجع الجهل بالمخالفة الى غلط في حكم قانون غير قانون العقوبات. هذا الغلط يأخذ حكم الغلط في الوقائع ، لأنه جهل بواقعة تعد ركنا من الجريمة.(١)

(١) قضى بأنه اذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي ان المتهمين ، حين كانوا يباشرون عقد النكاح وهو عمل مشروع بذاته، قرروا بسلامة نية أمام المأذون عدم وجود مانع من موانعه - كانوا في الواقع يجهلون وجود ذلك المانع - فان جهلهم والحالة هذه لم يكن عدم علم بقانون العقوبات ، بل جهلا بواقعة حال هي ركن من أركان جناية التزوير المرفوعة بها، الدعوى يرجع الى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الاحوال الشخصية ، فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم من أحكام قانون العقوبات مما يجب قانونا في هذا الصدد المساءلة الجنائية اعتباره في جملته جهلا بالواقع ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار (نقض ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ١٨١ ص ٢٤٧) . وانظر نقض ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ١٨ ص ٨٤٤ .

فاذا كان الموظف يجهل أحكام القانون الخاص ، فانه يكون حسن النية ويقبل منه الاعتذار بجهل القانون المذكور اما الجهل بأحكام قانون العقوبات فلا يصلح عذرا ولا ينفي سوء النية، فيسأل الموظف عن عمله كما لو كان يعلم بالحكم الذي خالفه. ذلك أن قانون العقوبات لا يدخل في أركان الجريمة حتى يلزم انصراف علم الجاني اليه، وانما هو مصدر الجريمة أو خالقها، والخالق لا يكون عنصرا في المخلوق. وعلى هذا فالموظف أو المستخدم العمومي الذي يأمر بتعذيب متهم أو يفعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بمقتضى المادة ١٢٦ عقوبات، ولو كان يجهل ان قانون العقوبات يحظر عليه التعذيب للحصول على الاعتراف ، فالموظف يكون سيء النية اذا كان غير جاهل ما ينطوي عليه عمله من مخالفة للقانون، أو كان جاهلا حكم قانون العقوبات وفي الحالتين يسأل عن عمله طبقا للقواعد العامة. وسوء النية لا يؤدي فقط الى مساءلة الموظف عن فعله جنائيا، وانما يبيح أيضا للمعتدي عليه أو غيره، ان يدفع الاعتداء بما له من حق شرعي في ذلك. وبناء عليه قضى بأنه اذا كان الحكم قد أدان المتهم في جريمة التعدي على رجال البوليس ومقاومتهم ، بعد أن كان قد أثبت في واقعة الدعوى أن المتهم انما فعل ذلك ليفلته من ايديهم الشخص الذي كانوا قد قبضوا عليه بغير حق ولا مسوغ قانوني، وذلك دون أن يتحدث في صراحة عن ان رجال البوليس كانوا حسني النية في هذا القبض الذي وقع منهم مخالفا للقانون وبورود الادلة والاعتبارات التي تدعم ما يقول به في هذا الخصوص، فانه يكون قد أخطأ اذ العقاب في هذه الحالة لا يكون صحيحا الا عند توافر حسن النية لدى رجال البوليس.[١]

---

(١)انظر نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦ رقم ٥٧٦ ص ٧١١.

حكم الغلط في أحكام قانون العقوبات الاقتصادي؟

والسؤال المطروح : هل يخضع الجهل أو الغلط بأحكام قانون العقوبات الاقتصادي لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون؟ اختلفت الآراء في هذا الصدد، فاتجه فريق من الفقهاء الى القول بأن الجرائم الاقتصادية لا تخضع للقاعدة السابقة وذلك بحجة ان القوانين واللوائح والقرارات الاقتصادية كثيرة مما يصعب على الافراد العلم بأحكامها.

ويرى جانب آخر من الفقهاء وبصفة خاصة في بلجيكا - أن الغلط في القواعد التي تتضمنها القوانين الاقتصادية يعتبر من قبيل الغلط الذي لا يمكن تجنبه، ومن ثم تنتفي المسئولية.

بينما ذهب فريق ثالث من الفقه الى ضرورة التمييز بين المهنيين مما يقتضي علمهم الالمام بالقوانين الاقتصادية فلا يقبل منهم الدفع بالجهل بالقانون، وغير المهنيين مما يكون اتصالهم بالقوانين الاقتصادية بصفة عارضة، هؤلاء يحق لهم التمسك بالجهل بأحكام تلك القوانين.

وفي مصر يرى جانب من الفقه أن الغلط في احكام قانون العقوبات الاقتصادي عامة ، وفي قوانين التموين بوجه خاص - يخضع لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون التي تحكم الغلط في قانون العقوبات. (١)

فالقوانين الاقتصادية ومن بينها قوانين التموين تهدف الى حماية مصالح جوهرية للدولة، فاذا اتيح للأفراد فرصة الدفع بالجهل بقواعد تلك القوانين، ادى ذلك الى تعطيل نصوصها واهدار المصالح الاقتصادية والمالية . مما حدا ببعض التشريعات الى ادراج النصوص التي تحمي النظام العام الاقتصادي في القسم الخاص من قانون العقوبات.

---

(١) انظر الدكتوره آمال عبد الرحيم عثمان - جرائم التموين ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ ص ١١٥، الدكتور عبد الرحمن حسين علام، اثر الجهل والغلط على المسئولية الجنائية - رسالة دكتوراه القاهرة - ١٩٨٣ فقرة ٤٩٥ ص ٧٤٠.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه ، فقضت بأنه لا يقبل من البائع الاعتذار بأنه لم يبع بأكثر من التسعيرة ، لأنه يجهل السعر المقرر ما دام في وسعه الوقوف على السعر من المصادر المبينة بقرار المحافظ [١] وقضت أيضا بأنه " لا يسوغ لتاجر التجزئة أن يدفع بجهله بقرار صادر من وزير التموين متى كان هذا القرار قد نشر بالجريدة الرسمية.[٢]

وحكمت بأنه " يكتفي في جريمة عدم وضع بطاقات بالاسعار على السلع المعروضة للبيع بالقصد الجنائي العام الذي يتوافر بمجرد تعمد الفعل المكون للجريمة.. والجهل بالقانون الذي يفرض هذا الالتزام او بالقرارات الصادرة تنفيذا له ليس بعذر يسقط المسئولية". [٣]

ويرى جانب آخر من الفقه المصري أن يمكن في مجال الجرائم الاقتصادية تطبيق القاعدة التي جرى القضاء على مقتضاها في تطبيق القانون العام وهي أن الجهل او الغلط في قانون آخر غير قانون العقوبات، وهو القانون الاقتصادي هو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من احكام قانون العقوبات.[٤]

---

(١) نقض ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ - مجموعة القواعد القانونية ج ٧، رقم ٩٧ ص ٨٨٣.

(٢) نقض اول ديسمبر سنة ١٩٤٢ - مجموعة أحكام النقض س ٤ رقم ٧١ ص ١٧٨.

(٣) نقض ٩ اكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٩٣٧.

(٤) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن - طبعة ثانية - مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٩ ص ١٢٢.

٣ - **إثبات حسن النية:**

نصت المادة ٦٣ عقوبات في الفقرة الاخيرة منها على أنه : " وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت انه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة" ويتبين من هذا النص أن عبء اثبات حسن النية يقع على عاتق الموظف نفسه، فيجب أن يثبت ان اعتقاده الخاطيء لم يكن وليد الرعونة والتسرع بل تبرره الظروف والاسباب المعقولة.

فاذا كان يتعين على النيابة العامة أن تثبت ليس فقط توافر اركان الجريمة، بل أيضا عدم قيام سبب يحول دون معاقبة المتهم ، وعلى المحكمة ان تتحرى بنفسها حقيقة الظروف التي ارتكب فيها الفعل فلا تقضي بالادانة الا اذا توافرت العناصر اللازمة لذلك، وعلى خلاف هذا الاصل جاءت المادة ٦٣ عقوبات فألقت على عاتق المتهم عبء اثبات حسن النية والتثبت والتحري. وجاء في تعليقات الحقانية انه " مما يؤمل أن تشدد المحاكم فيما يختص بالاثبات المقدم" وليس في هذا الشرط مغالاة من المشرع ، لانه اذا كان يسوي بين العمل القانوني والعمل غير القانوني ، حتى لا يدعو تهديد الموظف بمسئولية مطلقة الى تردده فيما هو من وظيفته مما يلحق ضررا بالمصلحة العامة، فمن الواجب ايضا الا يغفل جانب الافراد الذين يعتدى على حقوقهم ، مما مقتضاه التنبيه الى عدم الاقدام على العمل ما لم يكن بيد الفاعل الدليل على قيام أسباب معقولة تبرر اعتقاده بمشروعية العمل. [1]

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام المرجع السابق ص ٢٤ الدكتور عوض محمد ، قانون العقوبات القسم العام - دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية سنة ١٩٨٣ ص ١٢٣.

ب – **قيام الاعتقاد على أسباب معقوله:**

الاسباب المعقولة هي الاسباب المقنعة التي يجدها المتهم مبررة لسلوكه غير المشروع، وتقدير معقولية الاسباب التي يبنى عليها الموظف اعتقاده، امر يرجع الى ظروف ملابسات كل قضية، وحالة الموظف المتهم وظروفه الخاصة وحدود فهمه وثقافته تدخل بغير شك ضمن الاعتبارات التي يعمل لها القاضي حسابها في تقديره، فالجندي العادي في النظام العسكري لا يمكن أن يستوي مع الضابط مهما صغرت رتبته، وما لا يقبل من هذا الاخير في مقام الاحتجاج باعتقاده مشروعية فعل ارتكبه اطاعة لأمر رئيسه الأعلى قد يقبل على العكس من الجندي الذي له من ثقافته المحدودة ما قد يشفع في القول بأن اعتقاده مشروعية الفعل قد بنى على اسباب معقوله[1] وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه " متى اثبت الحكم حسن نية الموظف مرتكب الحجز (احتجاز الغير) - وقال عنه أنه لم يصدر عن هوى في نفسه وانه كان يعتقد مشروعيته، وان اجراءه من اختصاصه بصفته قائما بأعمال نقطة الشرطة والمسئول عن الامن فيها وانه اضطر الى ذلك لمنع وقوع جرائم أخرى تتمثل في أن يقتص الطاعن من قاتلي اخيه، وكان الموظف قد تثبت وتحرى عن ظروف الحادثة من العمدة ، وقد علل الحكم اعتقاد الموظف بضرورة ما فعله من احتجار الطاعن بديوان النقطة بأسباب معقولة ، هي ان الاخير من العصبة والقوة ما يمكنه من الاعتداء على قاتلي أخيه. فان الحكم اذا انتهى الى القضاء ببراءة الموظف يكون قد أصاب سديد القانون. [2]

---

(١) انظر دكتور علي أحمد راشد ، مبادىء القانون الجنائي المرجع السابق ص ٣٠١.

(٢) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٢ - مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٣ رقم ١٦٢ ص ٧٢٤.

ج - التحري والتثبت:

تضمنت الفقرة الاخيرة من المادة ٦٣ عقوبات على شرط التحري والتثبت لانتفاء مسئولية الموظف فنصت على انه " .. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت انه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري وانه كان يعتقد مشروعيته وان اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة.

فهذه الفقرة تحول دون قيام مسئولية الموظف عن فعله المخالف للقانون اذا ارتكبه وهو حسن النية وبعد التثبت والتحري ويدخل شرط التحري والتثبت في حسن النية بمعناها الواسع وقد أضيف بناء على طلب مجلس شورى القوانين " حتى لا يحتج بمجرد حسن النية وسلامة الاعتقاد على الاهمال".

وقالت محكمة النقض المصرية عن حسن النية " أن حسن النية ليس معنى باطنيا بقدر ما هو موقف او حالة، يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف حكمه على الامور رغم تقديره لها واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقوله".

وقد ذكرت تعليقات وزارة الحقانية على هذه المادة ان حكمها مأخوذ من المادتين ٧٧، ٧٨ من قانون العقوبات الهندي الذي عرف حسن النية في المادة ٥٢ صراحة بقوله : " لا يقال عن شيء انه عمل او صدق بحسن نية اذا كان قد عمل او صدق بغير التثبت أو بضرب الالتفاف الواجبه" والمقصود بالتحري والتثبت ان يبذل الموظف المجهود الذي يسعه للتحقيق من مشروعية فعله، أي التحقق من أن الفعل داخل في اختصاصه، وان الامر الصادر اليه لا يشوبه أي عيب ويجب ان يكون الموظف منتبها PRUDENT وحذرا ATTENTIF ، ويجب ان يكون الغلط مما يقع فيه الشخص المتوسط الذي كان ولا بد من الاعتداد بكل ظروف الموظف المتهم بتحديد مقدار المجهود الذي يطلب منه، لذلك ويلام ان لم يبذله : فيتعين أن يراعى القاضي درجة ثقافته ومقدار خبرته ومدى الوقت الذي كان متاحا ان يفكر خلاله قبل أن يقدم على تصرفه وغير ذلك من الظروف التي تختلف باختلاف الحال .

اما اذا لم يتوافر هذا الشرط فان الفاعل تصح مساءلته لا على اساس العمد، لأن العمد يتنافى مع حسن النية، ولكن على أساس الاهمال اذا كان القانون يجرم الفعل بهذا الوصف. ومن ثم لا يسأل الفاعل عن قتل أو ضرب عمد وانما عن قتل او اصابة باهمال .

وقد قضى بأنه اذا كانت الواقعة أن ثلاثة أشخاص سرقوا قمحا من منزل مجاور للمزارع وساروا في الطريق الموصل للمزارع، فأبصرهم خفير ورأى اثنين منهم فرا هاربين في المزارع ولم يدركهما ، وان ثالثهم كان يحمل زكيبة من القمح المسروق، فناداه مرتين فلم يجبه، بل القى التركيبة على الارض وحاول الفرار مثل زميليه الذين افلتا واندسا في المزارع بعد أن القيا على حافتها ما كان معهما من القمح، فعندها ارتكز الخفير على ركبتيه واطلق عليه عيارا ناريا في الجزء الاسفل من جسمه واصابه في ساقيه من الخلف، ولم يكن بين المكان الذي اصيب المجني عليه فيه وبين المزارع سوى خمسة عشر قدما على اكبر تقدير، وقد توفى هذا السارق بسبب تلك الاصابة، تلك المقدمات مجتمعة تشير الى ان المتهم كان معذورا فيما فعله من المبادرة الى اطلاق النار على المجني عليه، الذي يعتقد انه لص، قبل اتخاذ خطوة التهديد بالاطلاق في الهواء حتى لا يفلت منه قبل ان يجهز بندقيته لاطلاقها لثاني مرة، فيكون من المتعين تبرئته [١] وقد كانت محكمة الجنايات قد عاقبته على استعمال الرأفة بالحبس مع الشغل لمدة سنتين، بمقولة انه لم يتحر قبل اطلاق النار على المجني عليه- وكان يتعين عليه ايضا ان يطلق اول طلقة في الهواء على سبيل الارهاب كما تقضي بذلك التعليمات . وقد حكم بأنه اذا كان الخفير بمجرد عدم الرد على ندائه اكتفى باطلاق عيار واحد وقد صوبه على المجني عليه مباشرة فأصاب في مقتـــــل

---

(١) نقض نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٥ ص ٢.

(سلسلة الظهر) ومع أن المجني عليه وزميله من جهة أخرى لم يحاول ايهما الهرب فما أتاه المتهم يتم عن استخفاف بالارواح لا يجيزه القانون وتكون الشبهة قائمة على وجود الجناية خالية من العذر المعفى من العقاب المشار اليه في المادة ٦٣ عقوبات لعدم توافر شروط الاعفاء [١]. وحكم بأنه اذا كان المتهم قد تنبه الى وجود صيادين في ليلة مقمرة فأمهلهم عشرة دقائق كانوا في خلالها يعملون على رفع الشباك من الماء ثم اطلق عليهم عيارا ناريا ، أحدث جروحا بأحدهم ، فما أحدثه كان عن طيش وغير مبنيا على أسباب معقولة .[٢]

(١) نقض ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٣٨١ ص ٦١١.

(٢) نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٣٤٧ ص ٤٤٧.

الصورة الثانية: تنفيذ الامر غير المشروع الصادر من الرئيس

أ - حدود الالتزام باطاعة الامر غير الشرعي:

اختلفت الآراء حول مدى التزام الموظف العام المرؤوس باطاعة امر الرئيس غير الشرعي، هل يطيع أمر رئيسه رغم مخالفته للقانون أم يطيع حكم القانون الذي يقتضي منه عدم القيام بالامر غير المشروع الصادر من الرئيس؟ فالموظف العام في صراع بين واجب تنفيذ امر الرئيس غير المشروع وما يحققه من ضمان سير المرافق، وواجبه في طاعة حكم القانون وما يهدف اليه من تحقيق العدالة المتمثلة في مساواة المواطنين جميعا امام هذا القانون. [١]

وفي الواقع ان أي تدخل من المشرع لحل هذا الصراع يتوقف على تحديد مدى واجب الطاعة الذي يلتزم به الموظف تجاه رؤسائه ، فاذا كان الواجب مطلقا التزم الموظف بتنفيذ أمر الرئيس ولو كان مخالفا لقانون العقوبات، وفي هذه الحالة تكون المصلحة المحمية بأداء الواجب وهي تحقيق النظام وسير المرافق هي الاولى بالرعاية والاحترام، مما يضفي وصف الاباحة على اداء هذا الواجب، اما اذا كان الواجب محددا بعدم مخالفة قانون العقوبات ، فان المصلحة المحمية بأداء هذا الواجب وهي تحقيق العدالة المتمثلة في مساواة المواطنين جميعا امام هذا القانون ، تكون هي الاولى بالرعاية والاحترام ، مما يضفي وصف التجريم على القيام بالواجب المنطوي على مخالفة قانون العقوبات.

وقد تنازع حل الصراع بين واجب الموظف في احترام القانون وواجبه في تنفيذ امر الرئيس الى ثلاث نظريات ، نظرية الطاعة المطلقة ونظرية الطاعة المقيدة، ونظرية الشرعية.

---

(١) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٢٣٨، الدكتور رؤوف عبيد ، القسم العام المرجع السابق، ص ٤٢٢.

١ - **نظرية الطاعة المطلقة:**

يرى أنصار هذه النظرية ان المشرع عندما يضع قاعدة قانونية تجرم فعلا او امتناعا بصفة عامة قد يورد عليها استثناءات يعتبر بمقتضاها السلوك مشروعا، ومنها اطاعة الموظف العام الامر غير الشرعي الصادر من رئيسه اطاعة مطلقة اذ ان ذلك الواجب يفرضه القانون العام، وقد انقسم انصار هذه النظرية حول تحديد طبيعة الفعل الذي يأتيه المرؤوس تنفيذا لأمر رئيسه غير الشرعي الى اتجاهين : الاول ينادي باباحة هذا الفعل والثاني يرى اعفاء الموظف من المسئولية مع بقاء وصف التجريم للفعل .

الاتجاه الاول - الاباحة:

تقوم هذه النظرية على التمييز بين نشاط الرئيس الذي أصدر الامر، ونشاط المرؤوس الذي نفذ هذا الامر، فوصف التجريم يلحق نشاط الرئيس، بخلاف نشاط المرؤوس فتلحقه الاباحة المستمدة من الالتزام بالطاعة وهذه النظرية محل نظر، لأن تنفيذ الامر في حد ذاته هو الذي يكون الجريمة وليس الامر نفسه، وتقتضي الطبيعة الموضوعية للاباحة ان تشمل الاباحة كافة افعال المساهمة في الجريمة، ومنها الامر الصادر من الرئيس. وبسبب هذا العيب عجزت هذه النظرية عن تحديد ما اذا كان للغير ان يمارس حق الدفاع الشرعي [١] ضد المرؤوس ام لا. فاذا قلنا باباحة هذا التنفيذ امتنع الدفاع الشرعي ضده. ولغرابة هذه النتيجة حاول بعض انصار هذه النظرية ايجاد تبرير للدفاع الشرعي فميز بعضهم بين النشاط الاجرامي الذي صدر من المرؤوس عند تنفيذ الامر، وبين نتيجة هذا النشاط ، وذهبوا الى مشروعية النشاط وحده بخلاف النتيجة فانها تظل غير مشروعة ويجوز الدفاع ضدها.

واتجه البعض الاخر الى ان جريمة الموظف تعتبر مباحة بالنسبة اليه فقط، وتحتفظ بوصفها الاجرامي امام الغير، فيجوز له الدفاع الشرعي ضدها.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٢٢ الدكتور احمد فتحي سرور القسم العام، المرجع السابق ص ٢٤٠.

والحقيقة أن هذا التبرير لا يتفق مع الطبيعة الموضوعية لاسباب الاباحة والتي تقتضي اسقاط وصف التجريم عن الفعل سواء بالنسبة لمرتكب الفعل أو الغير، وهو ما يكشف عن عدم صلاحية هذه النظرية. (١)

وتنص المادة ٢١ من قانون العقوبات اليوناني على أن الفعل المرتكب تنفيذا لأمر الرئيس غير الشرعي يكون مباحا، ليس فقط بالنسبة للمرؤوس الذي ينفذ الامر غير المشروع، ولكن ايضا بالنسبة للغير، وترتيبا على ذلك يكون هؤلاء الغير محرومين من حق الدفاع الشرعي اذا اضبروا من هذا الفعل.

ونصت المادة ٢/١٨٥ من قانون العقوبات اللبناني على أنه "اذا كان الامر الصادر غير شرعي بُرىء الفاعل اذا لم يجز القانون له ان يتحقق من شرعيته"، وعلة هذا الحكم انه اذا لم يجز القانون للفاعل التحقق من مشروعية الامر، فمعنى ذلك أنه يلزم الفاعل بتنفيذ الامر على علاته، وينكر عليه الاختصاص بتمحيصه فثمة أمر من القانون بانفاذ الامر المعيب. (٢)

وتنص المادة ١٨٤ من قانون العقوبات السوري على انه" اذا كان الامر الصادر غير مشروع، أجاز تبرير الفاعل اذا كان القانون لا يجيز له أن يتحقق شرعية الامر" فقد أجاز قانون العقوبات السوري اباحة تنفيذ الامر غير المشروع بنفس شروط قانون العقوبات اللبناني ولم يختلف معه الا في تقريره جواز الاباحة دون وجوبها.

ونصت المادة ٢/٦٩ من قانون العقوبات الليبي على انه" لاعقاب على من ينفذ امرا غير مشروع اذا منعته القوانين منعا باتا من الجدال في مشروعيته .

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٤٢.

(٢) Papadatos CA. Pierre : Le probleme de l'ordre recue, en, droit penal, travaux de droit, d'economie de sociologie et de science politiques Geneve, 1964. P. 73

(٣) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني ص ٢٥٤.

(٤) انظر دكتور احمد عبد العزيز الالفي ، شرح قانون العقوبات الليبي، القاهرة ص ٩٧٤.

الاتجاه الثاني: عدم المسئولية:

ذهبَ انصار هذا الاتجاه الى أن المرؤوس هو أداة عمياء مجردة من أي استقلال أمام الرئيس ، وليس أمامه سوى تنفيذ هذا الامر الواجب عليه اطاعته، وبناء على ذلك فان الموظف يكون فاقد الشعور بالنسبة الى أفعاله الاجرامية التي يرتكبها بناء على أمر الرئيس ، وقيل بأن تنفيذ هذا الامر غير الشرعي لا يتم بناء على الارادة الشخصية للموظف المرؤوس وانما بناء على ارادة الرئيس.

وفي تبرير هذا الاتجاه يذهب بعض الفقهاء الى القول بأن المرؤوس يكون في هذه الحالة مكرها على أداء واجبه، ويفرق أنصار هذا الاتجاه بين الموظفين المدنيين والعسكريين بالنسبة لتنفيذ الامر غير الشرعي، وذلك على أساس أن رابطة التبعية الرئاسية تكون بالنسبة للمدنيين اقل احكاما منها بالنسبة للعسكريين ولأن التفكير في قانونية الامر بالنسبة للمدنيين تكون اوسع منها لدى العسكريين، وبالتالي تكون فرصة الفريق الاول في مقاومة الامر غير الشرعي اكبر من الفريق الثاني العسكري.

وقد انتهى اصحاب هذا الاتجاه الى أن الصفة الالزامية لامر الرئيس لا تؤثر في عدم قيام شرعية التنفيذ مما يبيح للغير ممارسة حق الدفاع الشرعي ضده. [١]

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد ، فكانت اهم الانتقادات التي وجهت له أن تؤدي الى تجريد المرؤوسين من صفاتهم الانسانية ويصبحوا كالأداة العمياء عندما ينفذون اوامر غير شرعية، فضلا عن ذلك أن هذا الاتجاه لم يقدم حلا جذريا للمشكلة، ولم يستطع ازالة التناقض بين عدم مشروعية أمر الرئيس واباحة عمل المرؤوس. [٢]

---

(١) Papadatos. op. Cit, PP 44-64

(٢) انظر الدكتور اسحق ابراهيم منصور ، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة سنة ١٩٣٤ ص ٢٦٧.

٢ – نظرية الطاعة المقيدة:

تجنبا للانتقادات التي وجهت الى نظرية الطاعة المطلقة جاءت نظرية الطاعة المقيدة والتي توجب على الموظف من حيث المبدأ تنفيذ أمر الرئيس غير الشرعي، ولكنها تحاول التوفيق بين هذا الواجب وواجبه في احترام القانون ويرى انصار هذه النظرية أن هناك أنواعا من القيود يمكن فرضها على واجب المرؤوس في اطاعة أمر الرئيس غير الشرعي، ويمكن حصر هذه القيود فيما يلي:

القيد الاول - الاعتراض على أمر الرئيس قبل تنفيذه:

فاذا قام شك لدى الموظف المرؤوس في مشروعية الامر الصادر اليه من رئيسه، يتعين أن يعترض على تنفيذ الامر المشكوك في شرعيته، ويرسل اعتراضه الى رئيسه، فاذا اصر الاخير على التنفيذ رغم الاعتراض الذي قدمه المرؤوس ، وجب على الاخير تنفيذ اطاعة الامر ، ويترتب على ذلك اعفاء المرؤوس من المسئولية المترتبة على التنفيذ . وقد اخذت بعض التشريعات بهذا القيد منها قانون الموظفين اليوناني [١] فنصت المادة ٢/٤٤ منه على واجب اطاعة الموظف لأوامر رؤسائه، الا اذا شك في شرعية أحد الاوامر فيجب عليه قبل تنفيذه ان يعد تقريرا مكتوبا بوجهة نظره المعارضه ، ولكن هذا التقرير لا يعفي المرؤوس من واجب اطاعة الاوامر دون انتظار للرد على اعتراضه . ومن هذه التشريعات ايضا قانون الموظفين في المانيا الاتحادية ، فنصت المادة ٢/٥٦ منه على انه اذا شك المرؤوس في شرعية الامر الذي تلقاه من الرئيس ، فيجب أن يقدم تقريرا بشكوكه الى رئيسه فاذا استمر الرئيس على أمره وظل المرؤوس على شكوكه وجب ان يرسل اعتراضه الى رئيسه الاعلى درجة ، [٢]

---

(١) Papadatos, problem de l'ordre recu, op. Cit. P 183.

(٢)انظر الدكتور أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٤٠.

فاذا صدق هذا الاخير على الامر الزم المرؤوس بالطاعة.

وأجاز أيضا قانون القضاء العسكري الفرنسي للمرؤوس أن يقدم اعتراضاته الى السلطة التي أصدرت الأمر غير القانوني، فاذا ظل الامر مشوبا بعدم المشروعية في نظر المرؤوس، تعين على المرؤوس تنفيذه دون أدنى مسئولية. (١)

ونصت المادة ٥٩/٢ من القانون المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة على أنه لا يعفى الغامل من العقوبة استنادا الى أمر رئيسه ، الا اذا أثبت ان ارتكابه المخالفة كان تنفيذا لامر مكتوب بذلك صادر اليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيه كتابة الى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسئولية على مصدر الامر ، واخذ هذا النهج القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ بشأن العاملين بالقطاع العام ، وكذلك القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن نظام العاملين المدنيين واخيرا القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ الخاص بالعاملين في القطاع العام.

القيد الثاني: عدم تنفيذ الامر غير الشرعي بحسب الظاهر:

يجب على الموظف المرؤوس بمقتضى هذا القيد عدم تنفيذ امر الرئيس غير الشرعي اذا تبين له عدم شرعيته بحسب الظاهر (٢)،هذا يعني ان حق المرؤوس في الرقابة على شرعية الامر تقتصر على الشكل دون الموضوع، وأكد هذا الاتجاه الفقيه الالماني "LABAND" حيث يرى أن اعطاء الموظف حق المراقبة الشرعية من حيث الموضوع سوف يؤدي الى اعطاء القرار النهائي الى

(١) Paucot (Rene), Rapport Francais Congres International de droit penal- Dublin 1970. Rene du droit penal Militaire et de Droit de la Guerre Bruxelles 1971.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٢٤٣.

الموظف الذي يقوم بالتنفيذ ونيس الى المحكمة العليا أو الوزير المختص [1] وبهذا المعنى اخذ القانون اليوناني، فنصت المادة ٣/٤٥ من قانون الموظفين اليوناني على اعطاء هذا الحق للموظف العام الا اذا كان الامر قد صدر لأسباب عاجلة تتعلق بالمصلحة العامة، واذا قدر الموظف على مسئوليته الخاصة عدم توفر هذه الاسباب فيجب عليه أن يرفض تنفيذ الامر غير الشرعي بحسب الظاهر.

وأيد أيضا هذا الاتجاه القانون الفرنسي [2] وكذلك القانون السوفيتي فقضت المحكمة العليا في الاتحاد السوفيتي سابقا بمساءلة المرؤوس اذا نفذ امرا غير مشروع بحسب الظاهر.

القيد الثالث: عدم تنفيذ الامر المتجه نحو ارتكاب جريمة:

في الواقع ان اطاعة الاوامر لا يجب ان تصل الى حد تنفيذ الامر غير الشرعي الذي يتجه بوضوح نحو ارتكاب جريمة وأكد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، فقد استقر على أن المرؤوس عليه أن يمتنع عن تنفيذ الامر الصادر اليه بارتكاب جريمة والا اعتبر مذنبا اذا نفذ الامر وارتكب الجريمة.

ونصت ايضا المادة ٢٢ من قانون العقوبات السويسري على أنه لا يجوز أن يكون الفعل المأمور به من الرئيس جريمة جنائية وجاء ايضا في المادة ٦٤ من ذات القانون على القاضي أن يخفض العقوبة حينما يتصرف الجاني تحت هيمنة رئيس له عليه واجب الطاعة.

---

(١) Papadatos (Pierre) : le Problem d. l'ordre recu en Droit pe'nal – Geneve Op. Cit. P. 46.

(٢) Garraud (Rene) traite theorique et pratique du Droit Penal Francais – librairie Recual Sire Paris 1934. P. 55 du

واكد هذا الرأي القضاء المصري ، فقضت محكمة النقض بأنه من المقرر ان طاعة الرئيس لا تمتد بأي حال الى ارتكاب الجرائم ، وانه ليس على مرؤوس أن يطيع الامر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو ان القانون يعاقب عليه.[1]

تقدير النظرية:

رغم أهمية نظرية الطاعة المقيدة في تجنب الانتقادات التي وجهت الى نظرية الطاعة المطلقة الا انها ايضا لم تسلم من النقد ، فالاخذ بها قد يترتب عليه تعويق العمل وحسن سير المرافق ، اذ هي تدفع المرؤوس الى بحث مدى مشروعية الاوامر الصادرة اليه من الرؤساء ومجادلتهم فيها والامتناع عن تنفيذها اذا رأى عدم مشروعيتها، وهو في الغالب اقل دراية وخبرة [2] فضلا عن ذلك، فان المرؤوس قد يجد في أعمال هذه النظرية طريقا سهلا للتهرب من كل مسئولياته في تنفيذ أوامر الرؤساء بأن يقوم بتقديم اعتراض شكلي عن كل امر يتلقاه ليضمن عدم مساءلته عن تنفيذه.

٣ - نظرية الشرعية:

ويرى أنصار هذه النظرية أن تنفيذ الاوامر غير الشرعية لا يتفق أساسا مع منطق سيادة القانون ، ولا مع المبادىء الاساسية في القانون، وبناء على ذلك نادى البعض بعدم امكان تنفيذ الامر غير الشرعي، ذلك ان اطاعة امر الرئيس لا يمكن أن تصبح واجبا قانونيا اذا كان الامر غير شرعي.

---

(١) نقض ٢٩ مايو سنة ١٩٦١ رقم ٣٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١٢، نقض ٩ يناير سنة ١٩٦٩ رقم ١٩٣١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٦ ص ٢٤، نقض ١٣ اكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٤٥ ص ٦٧٤.

(٢) انظر الدكتور محمد جودت الملط ، المسئولية التأديبية للموظف العام رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٨٧م ص ١٠٧.

وقد ذهب العميد " Duguit " الى أن المرؤوس له حق وعليه واجب في فحص الشرعية الشكلية والموضوعية لأمر الرئيس قبل القيام بتنفيذه والا كان مسئولا عن ذلك.

ولكن "Duguit" استثنى من نظريته الاوامر العسكرية ، فقبل مبدأ الطاعة غير المقيدة ، بناء على أن الجيش يجب أن يكون الاداة العمياء للقهر من أجل تنفيذ ارادة الحكومة.

وقد عيب على هذه النظرية أنها تعوق العمل في المرافق العامة وتخل بالنظام لأنها تجعل الكلمة الاخيرة في يد المرؤوس ، فضلا عن ذلك ، فان أعمال هذه النظرية يخالف مبدأ التدرج الرئاسي ويهدم التدرج تماما، لأن الموظف المرؤوس يتحول الى سلطة رئاسية. [١]

٤ – القانون المصري:

أخذ القانون المصري بنظرية الطاعة المقيدة ، فأوجب من حيث المبدأ على المرؤوس تنفيذ أمر الرئيس، ثم اورد على هذا المبدأ القيود التي تتفق مع حماية المجتمع وأهداف النظام القانوني.

وقد نص على مبدأ الطاعة قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فجاء في المادة ٥٢ منه بأنه يجب على العامل أن ينفذ ما يصدر اليه من أوامر بدقة وامانة، كما نص هذا القانون وقانون العقوبات على تقييد هذا المبدأ وفقا لما يلي:

الاول: الاعتراض على أمر الرئيس قبل تنفيذه:

نصت المادة ٥٢/٤ من قانون العاملين المدنيين الصادر سنة ١٩٧١ على أن تنفيذ الاوامر يكون في "حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها" ، ولكنه

(١) Duguit, Zraite de Droit constitutionnel, Paris, 1923 . t. 11. P. 245 et s.

لم يشأ أن يجعل الكلمة الاخيرة في مراقبة شرعية الاوامر للمرؤوسين، فنص في المادة ٥٥ على أنه لا يعفى العامل من العقوبة استنادا لأمر رئيسه الا اذا اثبت ان ارتكابه للمخالفة كان تنفيذا لامر مكتوب بذلك صادرا اليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة الى المخالفة وفي هذه الحالة تكون المسئولية على مصدر الامر وحده.(١) ومؤدى هذا النص أن الموظف له حق الاعتراض على التنفيذ اذا ما تبين عدم شرعية الامر الصادر اليه، ويستوي في ذلك أن يكون العيب شكليا أو موضوعيا، ولكن هذا الاعتراض يجب أن يوجه كتابة، فلا يكفي مجرد التنبيه الشفوي فاذا أصر الرئيس على أمره وجب عليه اصدار أمر كتابي الى المرؤس بالتنفيذ ، وفي هذه الحالة فقط يلتزم الموظف باطاعة الامر وتكون المسئولية على مصدر الامر.

الثاني: عدم تنفيذ الامر المتجه نحو ارتكاب جريمة :

لم يبح قانون العقوبات المصري تنفيذ أمر الرئيس ، بل اشترط لاعفائه من المسئولية أن يثبت انه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري، وهذا الشرط يعني التزامه بحسب الاصل بعدم تنفيذ الاوامر اذا انطوى هذا التنفيذ على ارتكاب الجريمة. اما الاستثناء فهو اسقاط مسئوليته عن التنفيذ اذا توافر الشرط سالف الذكر، ولكن المشرع لم يلتزم الدقة في المادة ٦٣ عقوبات اذا عبر عن هذا الاستثناء بانه (لا جريمة) مما يفيد خطأ اننا بصدد احد أسباب الاباحة، وهو ما لا يتفق مع القيود الواردة في هذه المادة والتي تتصل بشخص الجاني.

وبهذا قد استقر قضاء محكمة النقض على أن اطاعة الرؤساء لا ينبغي بأية

---

(١) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٢٤٥.

حـال أن تمتد الى الجرائم [١] وبناء على ذلك فان أمر الرئيس مرؤسـه بارتكـــاب تزوير [٢] واختلاس [٣] وقتل، فان المرؤوس لا يلتزم باطاعة امـر رئيسـه، ونفس الامر اذا امره بارتكاب خطأ قد يؤدي الى جريمة غير عمدية مثل القتل والاصابـة الخطأ او جريمة الاهمال المنصوص عليها فـي المـادة ١١٦ مكـرر (ب) عقوبـات كما اذا أمر الرئيس سائق قطار أو سيارة بالسير رغم توافر عيب في وسيلة النقـل مما يؤدي الى وقوع حادث ينجم عنه الوفاة أو الاصابة. ولا يقال فـي هـذه الحالـة بأن تنفيذ الامر هو الخطأ في وسيلة النقل مما قد يؤدي الى وقوع حادث ينجم عنه الوفاة أو الاصابة. ولا يقال في هذه الحالة بأن تنفيذ الامـر هـو الخطـأ الـذي تقـوم الجريمة به وحده، بـل لا بـد مـن توافـر النتيجـة ، وذلـك لأن التكليـف الـوارد فـي قانون العقوبات بشأن جرائم الاهمال يرد على عـدم ارتكـاب الخطـأ غـير العمـدي الذي من شأنه أن يؤدي الى النتيجة الضارة ، فالنهي يرد على الخطأ غير العمدي لا على النتيجة. [٤]

ب – حسن النية ومدى مسئولية الموظف عن تنفيذ الامر غير المشروع

يحكم مسئوليـة الموظف المرؤوس عن الجريمة التي وقعـت تنفيـذا لامـر غـير مشروع القواعد التالية :

الاولى: اذا كان المرؤس يعلـم سـلفا بحقيقـة الجريمـة التـي ينطـوي عليهـا التنفيـذ اعتير مسئولا عن الجريمة مسئولية كاملة. ولكنه يستطيع أن يدرأ هـــــذه

---

(١) نقض ٣١ يناير ١٩٢٩ مجموعة القواعد ج١ رقم ٢٤١ ص ١٥٤، ٧ مـايو ١٩٣١ ج٢ رقـم ٢٥٣ ص ٣٠٣ ، ١١ ابريل سنة ١٩٦٠ مجموعـة الاحكـام س ١١ رقـم ٦٧ ص ٣٣٧ ، ١٤ ابريـل سـنة ١٩٦٤ رقم ٦١ ص ٣١٤ ، ٦ يناير سنة ١٩٦٩ س ٢١ رقم ٦ ص ٢٤.

(٢) نقض ٣١ يناير سنة ١٩٢٩ سابق الاشارة اليه.

(٣) نقض ١١ ابريل سنة ١٩٦٠، سابق الاشارة اليه.

(٤) انظـر الدكتـــور أحمـــد فتحـي سـرور ، الوسيط في قـانون العقد ، القسم العـام، المرجـع السـابق ص ٢٤٧.

المسئولية اذا ثبت أنه كان خاضعا لاكراه معنوي صادر اليه من رئيسه.[١]

الثانية: اذا أعتقد المرؤس خطأ بمشروعية الامر الصادر له من رئيسه بارتكاب جريمة، ونفذ الامر بناء على هذا الاعتقاد الخاطيء انتفى لديه القصد الجنائي، وأمكن مساءلته جنائيا عن جريمة غير عمدية اذا كان القانون يعاقب عليها، مثال ذلك لو أن أحد الضباط أصدر امرا خاطئا الى احد عساكره باطلاق اعيرة نارية على شخص فقتله معتقدا خطأ بتوافر المبررات التي تدعو الى اصدار هذا الامر، فان القصد الجنائي لا يكون متوافرا بسبب غلطة في الاباحة، ويتعين مساءلته عن جنح قتل خطأ ، اما اذا كان القانون لا يعاقب على الجريمة بوصف الخطأ غير العمدي، مثل جريمة الاتلاف، وجريمة احراز المخدرات ، فانه يكفي مجرد الاعتقاد الخاطيء بمشروعية أمر الرئيس حتى تنتفي المسئولية الجنائية كاملة عن المرؤوس.

والعبرة في الاعتقاد الخاطيء للموظف هو ما ينصب على الوقائع او على القواعد القانونية التي لا تنتمي الى قانون العقوبات، فهذه وحدها هي التي يعذر القانون الموظف عند الخطأ فيها، فينتفي ما لديه من قصد جنائي [٢] . ويجب على القاضي أن يتاكد من صدق ادعاء الموظف حول الاعتقاد بمشروعية التنفيذ.

الثالثة: اذا كان الاعتقاد الخاطيء بمشروعية امر الرئيس قد توافر لديه بعد التثبت والتحري بناء على أسباب معقولة، انتفت المسئولية الجنائية - العمدية وغير العمدية - عن الموظف [٣]، وهنا يرى المشرع أن الخطأ غير العمدي المنسوب الى الموظف يدحضه التثبت والتحري والاسباب المعقولة مما يؤدي الى انتفاء مسئوليته. ويرجع في تحديد ماهية التثبت والتحري والاسباب

---

(١) Crim, zz mai 1959 , 5 Nov. 1964.

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة الاحكام س ٧ رقم ٣٦٥ ص ١٣٣١.

(٣) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٤٩.

المعقولة الى معيار موضوعي واقعي ، أي معيار الشخص المعتاد اذا كان في مثل ظروفهم المتهم، وهو بذاته معيار الخطأ غير العمدي.

وقد ذهب رأي في الفقه الى اشتراط التثبت والتحري وقيام الاعتقاد على أسباب معقولة في جميع الاحوال، وانه لا اثر لمجرد الاعتقاد الخاطىء بمشروعية امر الرئيس لنفي القصد الجنائي [١] وهو رأي محل نظر ، لأن هذا القصد ينتفي بمجرد الجهل او الغلط في الوقائع الجوهرية او في القواعد القانونية غير المنتمية الى قانون العقوبات ، فلا محل لاشتراط التثبت والتحري وقيام الاعتقاد الخاطىء على أسباب معقولة فذلك تزيد لا مبرر له ولا موجب له في القانون.

الرابعه: اذا نفذ المرؤوس امر الرئيس، ووقعت الجريمة بمقتضى هذا التنفيذ، فان الرئيس يعتبر مسئولا عن ارتكابها بوصفه شريكا ولا يحول دون مسئولية الرئيس، اذا توافرت شروطها – ان يكون المرؤوس حسن النية على النحو المبين في القاعدتين الثانية والثالثة سالف الذكر. فلا مانع قانونا من مساءلة الرئيس عن جريمة عمدية رغم مساءلة المرؤوس الذي يثبت حسن نيته عن جريمة غير عمدية، اذ يسأل كل من المساهمين في الجريمة وفقا لمدى توافر القصد الجنائي لديه تطبيقا للمادة ٤٢ عقوبات، فمثلا اذا امر الضابط دون وجه حق احد افراد قوته باطلاق الرصاص على احد الاشخاص أثناء جريمة في الطريق العام. فنفذ العسكري هذا الامر معتقدا بأنه في حدود سلطة الضابط ، فانه يجوز مساءلة الضابط عن جناية قتل عمد مع مساءلة العسكري عن جنحة قتل خطأ – بل انه اذا أثبت المرؤوس ان اعتقاده الخاطىء كان مبنيا على أسباب معقولة، فيمكن مساءلة الرئيس وحده عن الجريمة رغم امتناع مسئولية المرؤوس. [٢]

---

(١) انظر الدكتور مصطفى القللي ، المسئولية الجنائية ص ٣٦٥، الدكتور عوض عبيد، مبادىء التشريع العقابي المصري ص ٣٩٠.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام المرجع السابق ص ٢٥٠

المطلب الثاني
مبدأ حسن النية في أداء الواجب في الفقه الاسلامي

تتعين على بعض الاشخاص واجبات شرعية ينبغي أن يقوموا بها تنفيذا لامر الله سبحانه وتعالى، فيقول الحق عز وجل " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم.. " [١] وقد يلتزم المكلفون حدود الواجب وقد يتجاوزون ، فما هو دور حسن النية في كل من التزام حدود الواجب، وتجاوزه؟

أولا: حسن النية والتزام حدود الواجب

اذا قام المكلف بواجبه ملتزما حدوده فانه يكون مثابا لكونه يؤدي عبادة الله سبحانه وتعالى الآمر بذلك [٢] ولكن ذلك مشروط بحسن النيه، أي يكون الباعث عليه هو الحرص على تنفيذ امر الله كما شرع ولما شرع ، ويعني هذا ان يكون آثما - بل معاقبا - اذا ساءت نيته وقصد الايذاء لتحقيق اغراض خاصة غير غرض الشارع، حتى ولو كان ملتزما الحدود الموضوعية للواجب تطبيقا لقاعدة " تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة العامة". [٣]

وتبدو الاهمية التطبيقية لهذه القاعدة عند وجود ما يسمى بالسلطة التقديرية لما يتمتع به المكلف من حرية في اختيار المناسب من التصرفات، وهنا تظهر البواعث المختلفة التي تدفعه الى اتجاهاتها وغاياتها.

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٥٩.

(٢) ابي عبدالله محمد بن مفلح ، الفروع في فقه الحنابلة ، مطبعة المنار مصر ص ٤٦٠.

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي ، المرجع السابق ص ١٢١.

وقد ضرب السيوطي مثلا على قاعدته التي اشرنا اليها آنفا بأنه اذا تخير الامام في الاسرى بين القتل والرق والمن والفداء جاز له ذلك اذا قصد المصلحة العامة، ولكن ليس له ذلك لمجرد التشفي، وله ان يحبسهم حتى يظهر له وجه المصلحة ويعمل به.

ومع ذلك يظل هذا الحكم ساريا حتى مع انعدام السلطة التقديرية، اذ القاعدة انه لا بد من مراعاة حسن النية بمفهومه السابق عند كل تصرف، فالضرب أو الحبس انتقاما للنفس ظلم وفيه الضمان. ولا يجوز للحاكم أن يامر غيره بتنفيذ العقوبة ، اذا كان في نفسه على المحكوم عليه ضغينه وانه لا يجوز للرجل أن يلي اخراج الحق ممن له عليه ولو كان حاكما او اماما بل يرفعه الى غيره مخافة ان يكون ذلك للانتقام، فان فعله بذاك الدافع فعليه الضمان. وتطبيقا لذلك عدل عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وغيرهما عن ضرب من اساء اليهم - وكان قد استوجب الضرب قبل الاساءة اليهم - مخافة أن يكون ذلك للانتقام حتى اذا سكنوا وذهب غيظهم اخرجوا الحق. (١)

ثانيا: حسن النية وتجاوز حدود الواجب

اولا: التجاوز بحسن النية:

ويتخذ التجاوز بحسن النية صورتين:

الصورة الاولى: ان يجهل الشخص انه ياتي فعلا ليس من واجبه اتيانه فيقدم عليه ظانا انه في حدود الواجب. وفي هذه الحالة لا يكون عليه شيء، فاذا أمر السلطان رجلا بقتل آخر ظلما وكان المأمور لا يعلم حقيقة الامر، فلا قصاص عليه ولا دية ولا كفارة (٢) ولكن يجب على المأمور ان يكون قد تحرى على كل

(١) شرح النيل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف المفيس، الطبعة الثانية دار الفتح - بيروت - ١٩٧٢م المجلد السادس عشر ص ٥٠٧.

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، المرجع السابق ص ١٩٩، ونهاية المحتاج للرملي ص ٣٥.

سبيل لمعرفة وجه الحق بحيث لم يكن بوسعه الاطلاع عليه، وهذا هو مفهوم حسن النية القائم على الاعتقاد المستند الى التثبت والتحري بمشروعية الامر ولزوم القيام به ، فاذا امر الامير شخصا بقتل آخر بدون حق، ونفذ المأمور الامر معتقدا أن الامير معصوم لا يخطيء (مع ان العصمة لديهم للامام فقط) فلا شيء على المأمور اذا ثبت أنه لم يكن له سبيل الى العلم بحقيقة الامر. اما اذا كان له طريق اليه فعليه القود.

الصورة الثانية : أن يحصل الفعل مطابقا للشروط الشرعية ولكن اثاره تسري الى ما لم يكن مقصودا ، بحيث تحدث نتائج لم تكن متوقعة ، وهذه الصورة يكون الاصل فيها – وهو الفعل الواجب سليما من الناحية الشرعية، ملتزما الحدود الموضوعية والشكلية ، وتكون السراية حدثا لم يقصده الفاعل، ولم يتوقعه فلا يسأل عنها تطبيقا لقاعدة الواجب لا يتقيد بوصف السلامة.[1] وذلك بخلاف غير الواجب، فان الفاعل يسأل عن النتائج التي حدثت ولو لم يكن يقصدها او يتوقعها، وتطبيقا لذلك اذا قام أي من الامام او القاضي او الجلاد او نحوهم حدا او تعزيرا او نحو ذلك فلا ضمان عليه ولا اثم اذا سرى الفعل الى غير المقصود متى حسنت نية المقيم والتزم الحذر المطلوب.

وفي كلتا الصورتين يجب أن تنصرف نية الفاعل الى تحقيق الغاية الشرعية، فاذا خرج عنها مبتغيا غاية أخرى فهو سيء النية ولا يباح فعله.

ثانيا: التجاوز بسوء النية:

يكون المتجاوز سيء النية اذا كان يعلم انه لا ينفذ امرا شرعيا، وفي هذه الحالة يضمن فعله فيسأل جنائيا عنه مسئولية عمدية متى كان مختارا ، فاذا قتل يقتل واذا ضرب او جرح يقتص منه.

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، المرجع السابق ص ٢٨٩ ، ومجمع الضمانات للبغدادي ، المرجع السابق ص ٢٠١.

ولكن قد يحصل التجاوز بعلم الفاعل، الا انه انصاع لامر السلطان او القاضي ايثارا للسلامة، فهل يعذر؟ القاعدة انه لا يجوز اطاعة أمر السلطان او نحوه اذا كان مخالفا لامر الشارع [١] نظرا لانه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق فاذا اطاع المأمور مع علمه بالمخالفة فهو ضامن.

ولكن جانب من الفقه اعتبر أمر السلطان وسيلة اكراه، لكونه المأمور يعلم انه سيعاقب اذا خالف الامر، وفي هذه الحالة يعذر المأمور باعتباره مكرها- في حدود عذر الاكراه - اذا خشى على نفسه الضرر، ويكون الضمان على الآمر وحده.

ولكن حدود العذر في الاكراه لا تمتد الى الجناية على النفس او الاعضاء، فاذا امر السلطان شخصا بقتل آخر او المساس بسلامة جسمه، وعلم المأمور انه اذا لم ينفذ الامر تعرض للاذى ، فانه لا يجوز له التنفيذ ، لانه لا يصح أن ينجي نفسه باتلاف نفس غيره، أو يحافظ على سلامة جسمه بالمساس بسلامة جسم غيره، وهذا لا خلاف فيه. [٢]

والسؤال المطروح هل يضمن الآمر ايضا؟ يرى الحنفية عدم ضمان الآمر اذا كان الامر واضح المخالفة فكل موضع لا يصح الامر فيه لا يجب الضمان على الآمر، الا ان السيوطي نقل عن الشافعية قولين في هذه المسألة.
الاول: ان الضمان على الآمر والمأمور معا، والثاني أن المأمور هو الذي يضمن وحده اذا لم يكن امر الآمر اكراها، ولعل الاقرب الى العدل ان يضمن الآمر ايضا باعتباره شريكا بالتحريض، ولا يمكن ان يكون في هذه الحالة حسن النية أي معتقدا شرعية الامر الصادر منه؛ اذ الغرض ان المأمور وهو يعلم بعدم المشروعية قد راجع الآمر ولفت نظره الى عدم مشروعية الامر اذا كان يجهلها.

(١) مجمع الضمانات للبغدادي ، المرجع السابق ص ١٥٨.
(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، المرجع السابق ص ٨٥.

المبحث الثالث

مبدأ حسن النية في الدفاع الشرعي

تمهيد وتقسيم:

الدفاع الشرعي حق يعترف به القانون – خلافا للاصول العامة في التجريم – لأنه يحقق اهداف النظام القانوني كله، ويتفق مع غايات المجتمع. وهو من ابرز اسباب الاباحة . وتنص عليها كافة القوانين نظرا لأهميته في الحفاظ على حياة الانسان وسلامة جسده وعرضه وماله، كما تحدد القوانين شروط استعماله.

غير أن تلك القوانين عادة ما تكتفي بايراد الشروط الموضوعية وتقيم الاباحة عند توافرها، جريا على قاعدة الطبيعة الموضوعية للاباحة اما فيما يتعلق بلزوم العنصر الشخصي في الدفاع الشرعي أي حسن النية ، فكانت الاتجاهات الفقهية بشأنه متباينة.

ونبين فيما يلي دور حسن النية في الدفاع الشرعي في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي.

المطلب الاول

دور حسن النية في الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

اولا: الجدل حول دور حسن النية في الدفاع الشرعي:

اختلف الفقهاء حول دور حسن النية في قيام حالة الدفاع الشرعي ويرجع ذلك الى الخلاف حول طبيعة الاباحة، بصفة عامة، واذا كان الرأي الغالب كما سبق أن بينا يذهب الى ان هذه الطبيعة هي في الاصل موضوعية، وان المشرع احيانا قد يعتد بعنصر ذي طبيعة شخصية هو حسن النية، وان العنصر لا يكون له محل اذا لم يرد نص به في القانون ، فمقتضى هذا الرأي عدم اشتراط حسن النية في مجال الدفاع الشرعي لعدم ورود النص عليه، وهذا يعني بقاء حالة الدفاع

الشرعي على أصلها من الموضوعية.[1]

فلا يتطلب القانون من الشخص - حتى يستفيد من حالة الدفاع الشرعي الا أن يراعى الحدود الموضوعية التي ينص عليها القانون ، ولا تجوز مطالبته بأكثر من ذلك، فسواء كان ينوي مجرد منع الاعتداء ام كان يرغب في تحقيق غرض آخر ولو كان غير مشروع ما دام قد التزم تلك الحدود الموضوعية.

والحجة التي يقوم عليها هذا الرأي هو أن الشخص الذي يرتكب فعلا يدفع به عن نفسه او غيره خطرا ما هو في الحقيقة والواقع يرتكب فعلا ذا منفعة عامة لكونه يحول دون تنفيذ عمل عدواني ظالم، وهذه المنفعة التي يجلبها ذلك الفعل لا ترتبط بالحالة النفسية للفاعل ولا بغرضه من الفعل، ومن ثم فان العنصر الشخصي المعبر عنه بحسن النية عديم القيمة في هذه الحالة.

ويرى فريق آخر من الفقهاء [2] وجوب ان يلتزم المدافع بحسن النية عند استخدام حق الدفاع الشرعي، فيكون باعثه الحرص على منع الاعتداء قبل وقوعه سواء كان هذا الاعتداء موجها فيه او الى غيره، فاذا اندفع الى الفعل بباعث آخر فهو معتد وليس مدافع.

وقبل تحديد أي من الرأيين اكثر انسجاما مع مقتضيات الدفاع الشرعي تجب الاشارة الى ان الدفاع الشرعي - اما ان يكون حقا او رخصة، او وظيفة اجتماعية، فان كان حقا، فالحقوق غائبة ، أي يقررها لقانون لاستهدف غاية معينة، ولا يعرف القانون حقوقا مجردا عن الغاية ، وان كان رخصة ، فالرخص

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، القسم العام ، المرجع السابق رقم ١٦٩ رقم ٢٤١ ، الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق رقم ٢١٣ ص ٢١٣.

(٢) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي ، المسئولية الجنائية ، مكتبة وهبه سنة ١٩٤٥ ص ٨٤ ، محمود ابراهيم اسماعيل ، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات دا رالفكر العربي رقم ٢٩٠ ص ٤٨٨.

تستوجب الالتزام بعلة الترخيص، وقد رخص في الدفاع لدفع الخطر لا للاعتداء، [1] فيجب ان تكون علة الترخيص هي المبرر في نظر الشخص وهو يدفع الخطر ، أي يجب ان يفعل فعله قاصدا الدفاع ، وان كان وظيفة اجتماعية فانه يصبح واجبا والتخلي عنه يعد اخلالا بهذه الوظيفة، أي اخلالا بالواجب، والواجب يتضمن حسن النية.

ويعني هذا انه يتعين اشتراط حسن النية لاباحة السلوك باعتباره دفاعا شرعيا.

وعلى هذا فاننا نرجح الراي الثاني الذي يشترط لاباحة الفعل أن يكون الدافع قاصدا الدفاع، أي ان يكون باعثه هو الرغبة في دفع الاعتداء، وهذا هو مفهوم حسن النية في الدفاع.

ثانيا: اتخاذ الدفاع الشرعي وسيلة لتحقيق غرض آخر:

تفترض الاباحة – في حالة الدفاع الشرعي – وجود فعل يهدد بخطر غير مشروع ، واتجاه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر بهدف صده حفاظا على سلامة الحق المهدد – فما ارتكبه المدافع من افعال فهي مباحة لتوافر حق الدفاع الشرعي لديه، ولكن الحياة العملية تكشف عن حالات لا تسير على هذا المنوال ، فقد يبدو واضحا رغم قيام حالة الخطر واتجاه الفعل المضاد نحو مصدره ، ان الفاعل كان يبغي بفعله تحقيق غرض آخر لا علاقة له بالدفاع ، الامر الذي يثير الشك في اباحة ذلك الفعل على اساس الدفاع الشرعي ، نظرا لأن الفاعل يستغل حالة الاباحة فيمضي في تحقيق غرض غير الغرض الذي اباح القانون من أجله فعل الدفاع ، كما اذا كان شخص في موقف يبيح له الدفاع الشرعي ولكنه وجد في موقفه ذلك فرصة طالما انتظرها لشفاء احقاد وضغائن سابقة وارتكب فعله ضده مصدر الخطر ولكن يتعين ان نميز بين وضعين : الاول القيام بالفعل بناء على رغبة في العدوان خالية من أي رغبة اخرى مبعثها الحرص على الدفاع ، والثاني القيام بالفعل بنية الدفاع ولكن الفاعل يشفي مع ذلك بفعله غيظا قديما او يحقق مع

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات المرجع السابق ص ٣٢٠، الدكتور رؤوف عبيد ، القسم العام المرجع السابق ص ٢٥٠.

ذلك هدفا اخر غير مشروع. فالحكم ليس واحدا في الوضعين ومثال ذلك اذا انتهز زيد فرصة انشغال بكر بمحاولة الاعتداء على عبيد وقام بالاعتداء عليه، فاذا ثبت ان فعل زيد كان فعلا عدوانيا متجردا من أي رغبة في الدفاع عن الغير ، فانه مما يجافي العدالة اباحة فعل زيد لكونه وجد بكرا في ذلك الوضع عن طريق الصدفة، اما اذا كان لدى زيد الرغبة في الاعتداء على بكر ولكنه عندما وجده في الوضع السابق اسرع الى ضربه لانقاذ الغير من شره ووجد مع ذلك في فعله فرصة لشفاء ما في صدره تجاه بكر، فاننا لا ننكر حسن نية زيد، اذ ان الدافع الاهم لفعله هو الرغبة في الدفاع عن عبيد وخاصة اذا تأملنا ان زيد اقدم على ضرب بكر في اللحظة التي اصبح فيها الاخير مصدر خطر وشيك على عبيد وعلى ذلك يمكن القول بأنه اذا قام الدليل على سوء نية الفاعل واتخاذه فرصة وجود خصمه في وضع يبيح الدفاع ضده ، فانه لا يجوز اتخاذ ذلك الوضع ذريعة لاباحة سلوك ذلك الشخص الذي لم يقصد به سوى العدوان، وعلة ذلك أنه من الظلم البين ان تتخذ نصوص ذريعة لتحقيق اغراض تتنافى مع جوهر تلك النصوص، فاذا كان المشرع قد اباح للشخص القيام بافعال الدفاع فانه كان يامل منه ان يبقى الدفاع فعلا، حرصا منه على صيانة الحقوق المحمية بنصوص القانون، وهذا هو الحكم في الوضع الاول، ولا يقدح في صحة هذا الحكم ان يكون الفعل الموجه ضد الخطر قد ادى الى نتيجة حسنة وهي منع الاعتداء الموجه الى الغير ما دام ذلك المنع لم يكن مقصودا للفاعل وانما كان مقصده العدوان فقط.

كما يمكن القول – في شأن الوضع الثاني – بأنه اذا قام الدليل على أن الفاعل كان يقصد بفعله الدفاع الشرعي ولكنه وجد في ذلك فرصة لشفاء غيظ في نفسه فان الفاعل يكون مدافعا حسن النية ولا يقدح في حسن نيته وجود رغبة فرعية غير شريفة وعلة ذلك ان الرغبة الاخيرة لا يمكن اعتبارها – الباعث لانها اما ان تكون موجودة قبل ظهور الخطر الذي يهدد به فعل الاعتداء ، واما ان تكون قد نشأت عن ظهور ذلك الخطر، وفي الحالة الاولى لا يمكن اعتبارها هي

الباعث على الدفاع بدليل انها عجزت قبل ذلك عن الارتقـاء الـى مستوى البـاعث المحرك بمفردها ، وفي الحالة الثانية نجد باعثا اقوى منها قد ظهر، هو الحرص على السلامة واتقاء الخطر ، ذلك الحرص الفطري وهو باعث شريف. (١)

ثالثا: الجهل بتوافر حالة الدفاع الشرعي:

قد يأتي شخص بفعل وهو يعتقد ان القانون يعاقب عليـه بينمـا يكـون هنـاك سبب من اسباب الاباحة يجهله. وهذا الجهل قد يكون مصدره غلطا في القانون او غلطا في الوقائع . ومثال الاول دفع الشخص الاعتداء الحال – الواقع عليه – بمـا تيسر له من وسائل دفاعه مشروعه ، وهو يجهل أن القانون يبيح له ممارسة ذلـك الحق، ومثال الثانية الشخص الذي يقبض على اخر متلبسا بجريمته، ويجهل تحقـق حالة التلبس قانونا.

وينص بعض القوانين صراحة على أن الاسباب التي تحول دون توقيع العقوبة تحدث اثرها ولو كان الفاعل يجهلها ، ومنها القانون الايطالي، فنصـت المـادة ٥٩ عقوبات منه على ان الظروف المستبعدة للعقاب تقدر لصالح الفاعل حتى ولـو لـم يكن يعلم بها ، او كـان يعتقـد – لوقوعـه فـي غلـط – عدم توافرهـا مـا لـم ينـص القانون على غير ذلك، ويستنتج مـن ذلـك النـص أن المشـرع الايطـالي اسـتهدف الاساس الموضوعي البحت لجميـع حـالات المشـروعية وادراجهـا تحـت الاسـباب المعفية من العقاب فتوافر احداها من شأنه ان يرفع لا مشـروعية الجريمـة وتغـدو مشروعة بمقتضى نص القانون. (٢)

وفـي نفـس الاتجـاه ذهـب بعـض الفقـه الايطـالي الحديـث الـى أن اسـبـاب الاباحة ذات طبيعة موضوعية وازالة اللامشروعية من الجريمة لا يحـدث الا اذا

---

(١) انظر الدكتور علي حسن عبدالله الشرفي ، الباعث واثره في المسئولية الجنائية، المرجع السـابق ص ٢٥٢.

(٢) Delogu, (T) Les causes de justification P. 165.

توافر احد تلك الاسباب بصورة واقعية ، بصرف النظر عن علم الجاني بتوافرها.[١]

وينادي رأي آخر في الفقه الالماني بأن الجريمة - بصفة عامة - يتطلب لقيامها توافر ركنيها المادي والمعنوي حتى ترتب مسئولية فاعلها، كذلك الامر فيما يتعلق بسبب المشروعية اذ يجب ان يكون قائما بالضرورة في نفسية الفاعل لحظة ممارسته السلوك ، بمعنى انه يشترط لكي ينتج سبب المشروعة اثاره ان تكون ارادة فاعله قد انصرفت الى اعماله لحظة ارتكابها وقد قيل على سبيل المثال، ما هو الحكم لو أن جنديا بالجيش قد عقد نيته على قتل ضابطه ، ثم شاهد من بعيد شخصا اعتقد انه الضابط المراد الانتقام منه، فما كان منه الا ان اطلق عليه عيارا ناريا في مقتله ، وتبين بعد ذلك، ان المعتدي عليه جندي من القوات التابعة للعدو ، فهل هناك وجه لمساءلة الجندي - مرتكب القتل؟ ام تلحق الاباحة افعاله اعتمادا على توفر أداء الواجب، حتى ولو ثبت ان نيته لحظة ارتكابه السلوك - لم تكن منصرمة الى أداء الواجب محل الاباحة. [٢]

اما التشريع الجنائي المصري فلم يرد به نص في هذا الخصوص. وقد عرض الامر على محكمة النقض المصرية بصدد جهل مأمور الضبط القضائي صدور اذن يخوله التفتيش، فقررت في حكم لها ان تفتيش ضابط البوليس منزل المتهم بغير رضائه لا يكون صحيحا الا اذا كان الضابط مأذونا من النيابة باجراء هذا التفتيش وعالما بهذا الاذن قبل اجراء التفتيش فعلا. [٣] ويرى البعض أن هذا القضاء غير سديد، اذ جاء على خلاف الاصول العامة في القانون والتي لا تحتاج الى نص صريح يقررها ، فاسباب الاباحة من الاسباب الموضوعية تحدث اثرها

---

(١) Bettiol, Diritto Penole, parte generale II. ed palermo 1955 P. 270.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، المرجع السابق ص ٤٤٢.

(٣) نقض ٣ ديسمبر مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٢٩٣ ص ٣٩٩، نقض ١٥ مايو ١٣٩٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٣٩٠ ص ٥٤٩.

من حيث تعطيل نص التجريم بصرف النظر عن الحالـة النفسية لمرتكب الامر، فسيان كـان عالمـا بقيـام السبب او كـان جـاهلا وجـوده، فـالفعل يكـون مباحـا فـي الحالتين.

ونعتقد أنه من الارجح عدم اهمال الظروف الشخصية المصاحبة لمرتكب السلوك في جميـع الحـالات ، ولذلـك فـان تكييفهـا الصحيـح هـي كونهـا " ظـروف شخصية ذات أثر موضوعي " فهي شروط تتعلق بالحق القانوني وحسن النيـة فـي استعماله وعدم تجاوز حدوده .

والخلاصة، يجب ان نفرق في نطاق الجهل بالاباحة بين مـا اذا كـان جهـل الفاعل قائما على أساس الاهمال وعدم الحيطة ومن ثم يكـون جهلـه مغتفـرا وبيـن الجهل الذي يسبقه الحيطة والحذر والتثبت والتحري، فـالمنطق القـانوني يقتضـي اعفاءه من المسئولية حيث يكون جهله مغتفرا.

رابعا: الاعتداد بحسن النية في حالة الخطر الوهمي:

الاصل في الخطر الذي يبيح الدفاع الشرعي أن يكون خطرا حقيقيا، ولكـن القانون لا يوجب ذلك بصفة مطلقة، فقد اجاز الدفاع ولو كان الخطر وهميا، أي لا أصل له في الواقع وحقيقة الامر، متى كانت الظروف والملابسات تلقى في روع المدافع أن هناك خطرا جديا وحقيقيا موجها اليه. [(١)]

والمراد بهذا النوع من الخطـر، ان المدافـع يعتقـد خطـأ بانـه مهـدد بخطـر معين له جسامة معينة، فيتصرف على هذا الاساس ويرتكب جريمـة ضـد مصـدر هذا الخطر الوهمي ثم يثبت انه لا يتوافر خطر حقيقي على الاطـلاق او ان هنـاك خطر ليس بمثل الجسامة التي تصورها الجاني واستعمل حقه في الدفاع بناء علـى هذا التصور، مثل ذلك أن يتوهم احد العسـاكر وجـود شـخص يرتكب جريمـة ثـم يطلق عليه الرصاص عندما يهم بالهرب، او ان يطلق شخص رصاصة مـــــن

(١) نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض س ١٠ رقم ٤٤ ص ١٩٨، ديسـمبر سـنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ٢٣١ص ١٢١٤.

مسدسه في الهواء فيظن آخر انه هو المقصود بالاعتداء.

والسؤال المطروح : هل يساوي القانون بين الخطر الوهمي والخطر الحال؟ هذا ما يسلم به القضاء المصري في عدة احكام ردد فيها القول بأنه لا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون خطرا حقيقيا في ذاته، بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون هذا الاعتقاد او التصور مبنيا على أسباب مقبولة .(١) فيشترط لعدم قيام المسئولية عن الفعل في هذه الصورة ان يكون الفاعل حسن النية، أي معتقدا بقيام خطر حقيقي حال موجه اليه، كما يشترط ان يكون تقديره مبنيا على أسباب معقولة ، ومرد ذلك الى المجرى العادي للامور والخطر الوهمي هو مثال آخر للغلط في الاباحة، لأنه ينصب على واقعة الاعتداء والتحقق مما اذا كان هذا الاعتداء ينطوي على خطر حال ام لا. فاذا اعتقد شخص بقيام هذا الاعتداء توافر لديه غلط في احد عناصر الدفاع الشرعي مما ينفي عنه القصد الجنائي، فيسأل عن جريمة غير عمدية، وتنتفي مسئوليته اذا لم يكن القانون يعاقب على الجريمة لمجرد الخطأ العمدي، اذا كانت لديه اسباب معقولة تبرر اعتقاده الخاطىء مما ينفي عنه شبهة الخطأ (٢) فمجرد الاعتقاد الخاطىء يعني أن الجاني لا يعلم بأن الخطر وهمي، ولكن توافر الاسباب المعقولة على هذا الاعتقاد يعني أنه لا يمكنه ان يعلم بأن الخطأ وهمي ويتصرف بمقتضاه على اساس الدفاع عن نفسه، والخلاصة اذا ان الاصل في الغلط الاباحة انه يؤدي الى انتفاء القصد الجنائي فقط، ولكنه يؤدي الى انتفاء المسئولية الجنائية برمتها في حالتين:

---

(١) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد ج٦ رقم ٤٣٧ ص ٥٧٢ ، ٧ اكتوبر سنة ١٩٤٧ ج ٧ رقم ٣٨٩ ص ٣٧٠، ٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة الاحكام س ١ رقم ٧٩ ص ٢٣٨، ٥ فبراير سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ٢٥ ص ١٤٣، ٢٤ يونيه سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ١٥٣ ، ٧٦٥، ٢٣ يونيه سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ١٩٠ ص ٩٦٠.

(٢) نقض ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد ج٢ رقم ٣٨١ ص ٦١١.

الاولى: اذا لم يكن القانون يعاقب على الجريمة بوصف الخطأ غير العمدي كما في هتك العرض واتلاف المنقولات.

والثانية: اذا كان الغلط في الاباحة مبنيا على اسباب معقولة ، فهذه الاسباب بطبيعتها تنفي الخطأ غير العمدي. [١]

خامسا: حسن النية ومدى جواز مقاومة اعمال مأمور الضبط غير المشروعة:

ثار البحث عن مدى توافر الدفاع الشرعي ضد الاعمال غير الشرعية التي تصدر من رجال الضبط ؟

تبدو دقة المشكلة في أن مقاومة رجال الضبط لا تنطوي على مجرد الاعتداء على مصالحهم الشخصية (مثل حقهم في الحياة او في سلامة الجسم)، وانما تهدد ايضا الامن والنظام الذي يقومون على حمايته. فلا يصبح الصراع بين المصالح قاصرا على مصلحة المعتدى ومصلحة المدافع وانما يدخل عنصر جديد في هذا الصراع هو مصلحة الامن والنظام ، بالاضافة الى مصلحة المعتدي، وبالتالي يتغير وجه المشكلة ويصبح السؤال المطروح هو : أيهما أجدر بالحماية مصلحة الامن والنظام فضلا عن مصلحة المعتدى أم مصلحة المدافع؟

نبين حل هذه المشكلة في كل من الفقه المقارن ، والتشريع المصري.

أ - **الفقه المقارن:**

انقسم الرأي في الفقه المقارن الى ثلاث اتجاهات على النحو التالي: [٢]

الاتجاه الاول:

ويرى انصار هذا الاتجاه تفضيل الامن والنظام على العدالة والمصالح التي يحميها قانون العقوبات، وقد ذهب البعض الى القول في تبرير هذا التفضيل الى

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٣٨.

(٢) Michel Vasseur, Des effets en droit penal des acts nuls on illegaux d'apre's d'autres disciplines , Rev. Sc.

اقامة قرينة قانونية على شرعية أعمال رجال الضبط ، مما لا يجوز بالتالـــــي مقاومة تحت شعار الدفاع الشرعي. [١]

الاتجاه الثاني:

ويذهب اصحاب هذا الاتجـاه الى تفضيل العدالة والمصـالح التي يحميها قانون العقوبات على اعتبارات الامن والنظـام المتمثلـة في اطاعـة أوامر رجـال الضبط. وقيل في تبرير ذلك ان قرينه شرعية جميع اعمال رجـال الضبـط لا يعرفها القـانون العـام وتمس ذاتية قـانون العقوبـات ، هذا الى ان منـع مقاومـة الاعمال غير الشرعية التي تصدر عن رجال الضبط لا تتفق مع مبـادىء القـانون التـي تتجه نحو حمايـة الشـرعية وصيانـة حقـوق وحريـات الافـراد التـي كفلهـا الدستور.

الاتجاه الثالث:

ويقف انصار هذا الاتجاه موقفا وسطا ، اذ يسلموا من حيث تفضيـل الامـن والنظام على العدالة والمصالح التـي يحميها قـانون العقوبـات ولكنهم يقيـدوا هذا التفضيل بقيد معين. وقد اختلفوا في تحديد هذا القيد. فذهب البعض منهم [٢] الى تخويل الافراد حق مقاومة رجال الضبط اذا كـانت اعمـالهم قد وصلت الـى حد اعمال الاعتداء المادي بالمعنى المعروف في القـانون الاداري، والتـي ليست الا اعمالا منعدمة في نظر هذا القانون وليست باطلة فحسب [٣] . وقد لوحظ أن هذا المعيار موضوعي بحت ولا يستطيع الافراد تطبيقه بل هو من مهمة القاضـــــي،

---

(١) Crim. 1951. PP. 37 et 38. Crim 17 April 1891, Crim Juin 1821, Crim 15 Juil 1826.

(٢) Waline, les rapports du administratif et du droit penal, Cours de doctorat, Paris, 1948-1949 (Vasseur, P. 41 مشار اليه)

(٣) انظر دكتور مصطفى كيره، نظرية الاعتداء المادي في القانون الاداري، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة سنة ١٩٦٣ ص ٢٥.

ولذلك اقترح البعض الاخر [(١)] معيارا شكليا يسمح للافراد بتطبيقه، وهو معيار الظاهر. وبناء على هذا المعيار تتوقف مدى شرعية اعمال رجال الضبط على ما تحوزه من حيث الظاهر من امارات شرعية، وبناء على هذا الظاهر فقط تتوافر قرينة الشرعية التي تستند اليها هذه الاعمال، أي ان الشرعية الظاهرة هي الشرعية التي يشترطها القانون في اعمال رجال الضبط ، ولا يجيز للافراد مقاومتهم بناء عليها. فاذا كانت هذه الاعمال تنطق بحسب الظاهر بعدم الشرعية سقطت قرينة الشرعية وجاز للافراد مقاومة القائمين بها من رجال الضبط.

ب - موقف القانون المصري:

اكدت المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات المصري الاتجاه الثالث فنصت على أنه " لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة احد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته الا اذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت او جروح بالغة وكان لهذا التخوف أسباب معقولة ".

وقد اقتبس المشرع المصري هذا النص من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ نقلا عن قانون العقوبات الهندي.

وقد وضعت المادة ٢٤٨ عقوبات قاعدة وأوردت عليها استثناء . فما هي القاعدة ؟ وما هو الاستثناء؟

١ - القاعدة:

عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد مأموري الضبط اثناء قيامهم بأمر بناء على واجباتهم الوظيفية – ولو كان عملهم ينطوي على جريمة، بشرط أن يكون مأمور الضبط حسن النية أي معتقدا مشروعية العمل، سواء كان حسن النية مبنيا على اسباب معقولة أم لا. [(٢)]

---

(١) Vosseur op cit P. 41, crim. 28 Nov. 1902, Bull No. 47.

(٢) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٦٠.

وحسن النية يجعل مأمور الضبط فـي حالـة غلـط في الاباحـة ممـا يجعلـه مسئولا مسئولية غير عمدية أو غـير مسـئول علـى الاطـلاق عنـد توافـر الاسـباب المعقولة. وفي الحالتين لا يعني عدم المسئولية اباحة الجريمة، وبالتالي يجوز طبقا للقواعد العامة – الدفاع الشرعي ضد مأمور الضبط.

ولكن القانون استثناء من هـذه القواعـد منـع بنـص خـاص اسـتعمال الدفـاع الشرعي ضد ماموري الضبط الـذي توافر لديهم حسـن النيـة سـواء كـان مقترنـا بأسباب معقولة أم لا، فاذا قاومهم أحد الافراد وجب معاقبتهم طبقا للمواد من ١٣٦ الى ١٣٧ مكررا عقوبات.

ويقتصر القيد الوارد بالمادة ٢٤٨ عقوبـات علـى مـا يقـوم بـه احـد مـأمور الضبط ، ويقصد به فريق من موظفي الدولـة [١]، وهـم الذيـن يقومـون بالضبطيـة القضـائية والادارية وينفذون اوامر الحكومة بالقوة الجبرية عند اللزوم، فيدخل في ذلك اعضـاء النيابة العامة ورجال البوليس ورجال القوات المسلحة عنـد الاسـتعانة بهم، وتقييد حق الدفاع الشرعي في مواجهـة هـؤلاء لـه معنـى يـبرره مسـتقل عـن المعنى الذي دعـا اسـقاط المسـئولية الجنائيـة عـن الموظفيـن عمومـا فـي الاحـوال المنصـوص عليهـا بالمـادة ٦٣ عقوبـات، ذلـك أن مـأموري الضبـط يمثلـون هيبـة الحكومة وسلطانها، واعمالهم تتسم دائما بطابع السرعة والبت، ففـي اباحـة الدفـاع ضدها مساس بهيبة الحكومة وتعطيل لما يستلزم السرعة بطبيعته من أعمالها. فاذا كان العمل صادرا من احد من موظفي الدولـة مـن غير مـأموري الضبـط ، جـاز استعمال حق الدفاع الشرعي فـي مواجهتـه اذا توافـرت شـروطه ، ولـو كـان هـذا الموظف غير مسئول جنائيا عن عملـه لحسـن نيتـه وفقـا للمـادة ٦٣ عقوبـات وقـد ذهب البعض الى انـه اذا باشـر مـأمور الضبـط العمـل خـارج اختصاصـه فيجـوز الدفـاع الشـرعي ضـده، ولكـن القـول بهـذا الـرأي سـوف يهـدم المعنـى الـذي اراد المشرع تحقيقه حين حظر مقاومة رجال الضبط ، لأن عدم الاختصاص هو مـــن

(١) انظر الدكتور محمـود محمـود مصطفى، القسم العام، المرجـع السـابق ص ٣٤٠، الدكتور مـأمون محمد سلامه، القسم العام المرجع السابق ص ٣٨٧.

أسباب عدم شرعية اعمالهم التي لا تجوز مقاومتها، ولم يقصد المشرع من عبارة اثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته، الا ان الموظف يقوم بعمله تحت ستار وظيفته، فاذا حاول مأمور الضبط القيام بعمله غير المشروع في نطاق حياته الخاصة جاز الدفاع الشرعي ضده. (١)

٢ - الاستثناء:

استثناء من هذا الاصل يجوز الدفاع الشرعي ضد الاعمال غير المشروعة لرجال الضبط في حالتين: الاولى اذا كان رجل الضبط سيء النية، والثانية اذا كان يخشى ان ينشأ من فعله موت او جروح بالغة.

الحالة الاولى: اذا كان رجل الضبط سيء النية:

فاذا كانت المادة ٢٤٨ عقوبات حظرت مقاومة اعمال مأمور الضبط غير المشروعة من حيث المبدأ اذا كان حسن النية ، الا انها جازت استعمال حق الدفاع الشرعي ضد اعماله اذا كان سيء النية (٢)، أي يعلم أن عمله غير مشروع، ومثال ذلك من يتوجه للقبض على انسان يعلم انه ليس هو المقصود بأمر القبض، وينتفي حسن نية مأمور الضبط اذا كان عمله ظاهر المخالفة للقانون (٣). مثال ذلك أن يفتش مامور الضبط امرأه على نحو يمس حياءها العرضي، وهو عمل غير مشروع باعتبار ان تفتيش الانثى يجب ان تقوم به انثى وفقا للمادة ٢/٤٦ اجراءات جنائية، او ان يعمد مأمور الضبط الى تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، فاذا كان الاصل هو حسن النية. (٤) فان هذا الاصل ينتفي اذا كان

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات دار المعارف بمصر، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٢ ص ٢٢٤.

(٢) نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ج٦ رقم ٥٧٦ ص ٧١١.

(٣) انظر نقض ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ج٦ رقم ٦١٩ ص ٧٦٨ وتطبيقات القضاء الفرنسي ايضا.
Crim, 27000 Aout 1908, D 1909.1.79. Lille, 12 fe'vrier 1948, *L.* 1948 I. 305.

(٤) يلاحظ أن قانون العقوبات الفرنسي قد افترض حسن النية بمقتضى المادة (١٨٦) عقوبات ، انظر في الموضوع ايضا،
Philippe Merle, les presomption Legales en droit penal , these Paris, 1910. PP. 143-148.

العمل ينطق في ذاته بعدم المشروعية بحسب الظاهر ، ويرجع في تحديد الظاهر الى تقدير الشخص المعتاد من افراد الناس الذين ينفذ عليهم هذا العمل.

الحالة الثانية: اذا كان مأمور الضبط حسن النية، ولكن يخشى أن ينشأ من تنفيذ عمله غير المشروع حدوث موت او جروح بالغة، اذا كان لهذه الخشية سبب معقول، وتقدير هذه الخشية واسبابها المعقولة يتم وفقا لمعيار موضوعي واقعي، أي يتحدد وفقا لتقدير الشخص العادي اذا وضع في مثل الظروف الشخصية التي كان عليها المدافع وقت تعرضه للخطر.

والتحقق من ذلك مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع ومن امثلة ذلك ان يحاول مأمور الضبط تنفيذ أمر باطل بالقبض على شخص سوف تجري له عملية جراحية بعد قليل، بينما ينطوي تاجيل العملية على تهديد لحياته بالخطر ، او ان ينفذ مأمور الضبط امرا غير مشروع بالقبض على طبيب أثناء توجهه لانقاذ مريض ، او ان ينفذ احد الجنود امرا خاطئا باطلاق الرصاص على أحد الاشخاص ، فيجوز له الدفاع الشرعي ضده . وكذلك الامر اذا التجأ مامور الضبط الى استعمال العنف ضد شخص على نحو يهدده بجروح بالغة، مع ملاحظة أن هذا العمل في حد ذاته ينطق بسوء نية القائم به. [1]

وقد لاحظ المشرع من هذا الاستثناء أن الاعتداء الجسيم على المصلحة المحمية وهي الحق في الحياة أو في سلامة الجسم اولى بالرعاية من المصلحة المستفادة من تنفيذ رجال الضبط اعمال غير مشروعة.

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق ص ٢٦٤.

سادسا: حسن النية وتجاوز حدود الدفاع الشرعي:

١ - شروط التجاوز:

تنص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على انه " لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي أثناء استعماله اياه دون ان يكون قاصدا احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي اذا كان الفعل جناية ان يعده معذورا، اذا رأى لذلك محلا ان يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون".

يشترط لتوافر التجاوز عن حد الدفاع الشرعي شرطان:

الاول: توافر الحق في هذا الدفاع، والثاني ان يتجاوز الجاني حدود ذلك الحق بحسن نية. وفيما يلي بيان الشرطين.

الشرط الاول: توافر الحق في الدفاع الشرعي.

يشترط لتوافر التجاوز عن حد الدفاع الشرعي وجود الحق في الدفاع الشرعي عن النفس او المال (١) مما يستلزم توافر شروط الاعتداء جميعا وبلزوم الوسيلة التي استعملت في الدافع، فاذا لم يتوافر احد هذه الشروط اعتبر الفعل جريمة وفقا للقواعد. (٢) وبناء على هذا حكم بأنه اذا كان المتهم قد بادر الى اطلاق النار على المجني عليه اذا رآه بين الاشجار دون ان يكون قد وقع منه فعل ايجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي فانه لا يكون وقتئذ في حالة دفاع شرعي، وبالتالي لا يكون اطلاق النار تجاوزا. (٣)

(١) انظر نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٥٣ ص ١٣٣، ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ س ٦ رقم ٤٢٣ ص ١٢٣٤.

(٢) نقض ايطالي في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢١، ٣٠ مارس سنة ١٩٣٢.
Delogu P. 323.

(٣) نقض ١٨ اكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٢٣٤ ص ٣١٣، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة احكام القواعد س ١٢ رقم ١٨٢ ص ٩٠٥.

ولكن لا يشترط بصفة مطلقة في الدفاع الشرعي أن تكون الوسيلة التي يسلكها المدافع لرد الاعتداء عنه قد استخدمت بالقدر المناسب ، فان النظر الى هذه الوسيلة من هذه الناحية لا يكون الا بعد نشوء الحق في الدفاع وقيامه، وعلى اساس كون ما وقع من سلكها مبررا تبريرا تاما او جزئيا، فاذا كان ما وقع منه متناسبا مع الاعتداء كان مبررا تبريرا تاما وحقت براءته، اما اذا كان ما وقع من المعتدى عليه اكثر مما كان له ان يفعل لرد الاعتداء فانه يكون معتديا، وانما بالقدر الذي تجاوز به حق الدفاع. (١)

ويجب عدم الخلط بين التجاوز وبين الخطر الوهمي، فالاول ينصرف الى الاخلال بشرط التناسب، أما الثاني فينصرف الى الاعتقاد الخاطىء للمتهم بتوافر احد شروط الاعتداء.

الشرط الثاني: حسن النية:

ويعبر القانون عن هذا الشرط بقوله: " من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي.. دون أن يكون قاصدا احداث ضررا أشد مما يستلزمه هذا الدفاع ومقتضى هذا الشرط أن يكون قصد الجاني منصرفا الى الدفاع، وان يكون معتقدا ان ما يلجأ اليه هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء، نتيجة لخطأ في التقدير ، فلا يعد معذورا اذا قصد الفعل ذاته، او اذا كان يعلم ان فعله اشد مما يستلزمه رد الاعتداء. (٢)

وفي الواقع ان ذكر حسن النية في بداية النص، وعلى الاخص قبل الحديث عن القصد الجنائي لدى المدافع يدل دلالة واضحة على انه لا بد من توافر حسن

---

(١) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٤٣٧ ص ٥٧٠، اول يوليه سنة ١٩٤٢ ج ٤ رقم ٤١٥ ص ٦٧٠، اول ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض س ٥ رقم ٤٣ ص ١٢٨.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات ، القسم العام المرجع السابق ص ٢٤٥

النية كشرط جوهري للاستفادة من ذلك العذر الذي تقرره المادة ٢٥١ عقوبات، وبالتالي يخرج من نطاق الاستفادة المتهم الذي يثبت سوء نيته، اذ يحول ذلك دون احتجاجه بمشروعية افعال دفاعه، ويبقى هذا الفعل مستقلا بذاته يحاسب عليه كمن ينتهز فرصة اعتداء شخص عليه بالضرب فيقتله لخصومه بينهما، فلا يسمع منه قوله انه كان مدافعا متى ثبت سوء قصده وأنه انتوى من أول الامر القتل لا الدفاع.

٢ - **حكم التجاوز:**

أ - طبقا للقواعد العامة اذا توافر الشرطان السابقان ترتب على تجاوز حد الدفاع الشرعي طبقا للقواعد العامة، انتفاء وصف الاباحة واعتبار الفعل جريمة، ولكن تحديد وصف الجريمة يتوقف على مدى توافر القصد الجنائي لدى الجاني، فاذا كان التجاوز عمديا كان مسئولا عن الجريمة العمدية التي ارتكبها . اما اذا أخطأ المدافع تقدير موقفه فاعتقد خطأ ان الوسيلة التي استعملها هي اللازمة لرد الاعتداء كان مسئولا عن الجريمة التي ارتكبها بوصف الخطأ العمدي، اما اذا ثبت ان المدافع كانت لديه اسباب معقولة تبرر هذا التجاوز الذي ارتكبه بحسن نية، انتفى لديه الخطأ غير العمدي وانتفت مسئوليته الجنائية .

ب - **حكم التجاوز في القانون:**

اقتصر دور المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصري على توسيع دائرة السلطة التقديرية للقاضي حتى تغطي كافة درجات التجاوز التي يمكن ان يتروى فيها المتهم. ولكن كان من أهم الانتقادات التي وجهت الى هذا النص ما يلي:

الاول: ركاكة الصياغة:

ذلك انه يفترض من الجاني انه لم يقصد احداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع ثم يتصور - مع ذلك - ان الفعل الذي ارتكبه عليه ان يوصف بوصف

الجناية . رغم ان اقصى قدر من الضرر المتصدر هو المـوت لا يمكـن ان يعتـبر احداثه دون قصد سوى جنحة وهي القتل الخطأ المادة ٢٣٨ عقوبات .[١]

الثاني: اذا كـانت المـادة ٢٥١ عقوبـات تعـالج التجـاوز بحسـن نيـة والـذي يعتـبر جريمة غير عمدية وفقا للقواعد العامة، فقد اجازت هذه المادة الحكم بـالحبس بـدلا من العقوبة الاصلية المقـررة للجريمـة، مـع ان هـذه العقوبـة قـد تكـون اخـف مـن الحبس، مثل عقوبة القتل الخطأ فقد تصل الـى الغرامـة المـادة ١/٢٣٨ العقوبـات. وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة بنص خاص، لأن مخالفة المدافع بحسن نية لشروط الاعتداء او شروط اللزوم في الدفـاع تـؤدي الـى مسـاءلته عـن جريمة غير عمدية على اساس الغلط فـي الاباحـة. فكـأن المعتقـد خطـأ فـي توافـر حالة الدفاع الشرعي ابتداء أحسـن حـالا ممـن توافـرت لديـه هـذه الحالـة فعـلا ثـم يخطىء في مجرد شرط التناسب.[٢]

ج – حكم التجاوز في القضاء:

توافر تجاوز حد الدفاع الشرعي وعدمه مسألة موضوعية يفصل فيها نهائيا قاضي الموضوع ولكن لمحكمة النقض ان تراقب النتيجة التـي استخلصها قـاضي الموضوع من الوقائع الثابتة في حكمه، فاذا كانت متنافرة مع موجب هذه الوقـائع قانونا حق النقض. وتطبيقا لهـذا حكم بأنـه اذا كـانت المحكمـة قـد انتهـت الـى ان الاعتداء لم يكن مما يصح رده بالقتل، ولكنها لم تتعرض الى مساءلة المدافـع عـن تجاوزه حدود حقه في الدفاع، فان حكمها يكون قاصرا قصـورا يعيبـه بمـا يوجـب نقضه.[٣] وقضى بأنه اذا كـانت الواقعـة هـي ان القتيـل واثنيـن معـه سـرقوا ليـلا قضبانا من الحديد، وان المتهم بوصفه خفيرا بالقرية التي حصلت فيهـــــــــــا

---

(١) انظر الدكتور – رمسيس بهنام ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٤٢٧.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام المرجع السابق ص ٢٥٠

(٣) نقض ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٦٤٦ ص ٦١٧.

السرقة فاجأهم عقب الحادثة على مقربة من مكانها يحملون المسروقات للهرب به، فاطلق عليهم مقذوفا ناريا من بندقيته الاميرية فأصاب القتيل- فهذه الواقعة وان كانت بمقتضى القانون لا تبيح للمتهم أن يرتكب جناية القتل العمد، اذ السرقة التي قصد الى منع المتهمين من الفرار على أثر وقوعها بما حصلوه منها ليست من السرقات التي يعدها القانون جناية ، الا انه لا شك في انها باعتبارها مجرد جنحه تبيح له بمقتضى النص العام الذي جاءت به المادة ٢٤٦ عقوبات، أن يرتكب في سبيل تحقيق الغرض الذي رمى اليه أي فعل من افعال الضرب والجرح يكون اقل جسامة من فعل القتل، واذن فان المتهم حين ارتكب فعلته لا يصح عده معتديا الا بالقدر الذي تجاوز به حقه في الدفاع بارتكابه فعلا من افعال القوة اكثر بما كان له أن يفعل لرد الاعتداء، فاذا كانت المحكمة ، مع حسن نيته، لم تعتبره اصلا في حالة دفاع شرعي، فانها تكون محطئة [1] وحكم بأنه لما كانت المحكمة قد قالت ان القتيل كان يسرق القطن وقت ان اطلق الطاعن عليه العيار الناري ، وان هذا لكونه سدد سلاحه نحو الكبد قد تعدى الحد الذي كانت تدعو اليه ظروف الحال، دون ان تكمل قولها فتتحدث عن حق الطاعن في دفع الاعتداء على المال الذي كان موكلا اليه حراسته، فإن الحكم يكون قاصر البيان. [2]

---

(١) نقض اول يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٥ رقم ٤١٥ ص ٤٧٠ ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ج ٣ رقم ٥٢ ص ٥٨، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٨ رقم ٧٠ ص ٨٩.

(٢) نقض ٧ اكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٣٨٧ ص ٢٣٦٨ نقض ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض س ٥ رقم ٥٩ ص ١٧٦.

المطلب الثاني
حسن النية في الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي

أباح الفقه الاسلامي الدفاع لرد أي اعتداء غير مشروع يقع على النفس أو العرض او المال او أي حق خاص للشخص او لغيره – او عام مصون بموجب احكام الشريعة الاسلامية . ويشمل هذا الدفاع الشرعي بمعناها الخاص " دفع الصائل" كما يشمل الدفاع الشرعي بمعناه العام " دفع المنكر". (١)

أولا: حسن النية في دفع الصائل:

اباح الشارع الاسلامي دفع كل صيال منذر بخطر حال، والاصل في الاباحة قول الله سبحانه وتعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما إعتدى عليكم واتقوا الله ان الله مع المتقين" (٢) وقول الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام " من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون اهله فهو شهيد". (٣)

ويختلف الحكم الشرعي باختلاف نوع وطبيعة الحق المعتدى عليه، فقد ميز الفقهاء بين حكم الدفاع الشرعي عن العرض والدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

فقد أجمع الفقهاء على أن الدفاع عن العرض واجب، لأنه لا سبيل الى التفريط فيه بحال، ويجب دفع الاعتداء بكل وسيلة، فاذا وجد احد رجلا يزني

---

(١) انظر الدكتور يوسف قاسم ، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥م رقم ٢ ص ١١.

(٢) سورة البقرة : الآية رقم ١٩٤.

(٣) اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي واحمد وابن حيان من رواية سعيد ابن زيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

بأمرأته أو غيرها لزمه منعه ودفعه، فان هلك في الدفع فلا شيء عليه [١]. اما فيما يتعلق بالدفاع عن النفس فيرى الجمهور انه واجب [٢] استدلالا بقول الحق عز وجل " ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " [٣] الا ان بعض الفقهاء اشترط في الوجوب ان يكون الصائل كافرا، أو يكون مسلما ولكن يمكن دفعه بغير قتل. [٤]

ويرى الجمهور فيما يتعلق في الدفاع عن المال انه جائز وليس واجبا [٥]، لأن المال يترخص في التنازل عنه، ولكن يرى بعض الفقهاء أنه واجب اذا ترتب على أخذ المال هلاك او شده [٦] ، او كان للغير حق متعلق بذلك المال كرهن أو اجارة ، او كان المال وديعة. [٧]

وسواء كان الدفع هو الوجوب أو الجواز فلا بد أن يصدر عن حسن نية، وهو الرغبة في دفع الصائل، ومنع خطره ، وان كان دور حسن النية اكثر وضوحا في الوجوب، لما يقتضيه من تحري غرض الشارع واتجاه النية اليه، فاذا كان الشارع قد أوجب الدفع لمنع تحقق المفسدة التي يؤدي اليها عدوان الصائل، فان قد ربط ذلك الوجوب بتلك الغاية. فاذا توجه الفعل الى مصدر العدوان ولكن ليس بنية رده وانما بنية أخرى كالرغبة في الانتقام او التشفي، او الطمع او نحو ذلك فان الفاعل لا يكون مدافعا وانما معتديا، لأنه لم يفعل ما أمره الله به ، بل فعل ما نهاه الله عنه.

---

(١) روضة الطالبين للامام النووي ج ١٠ ، ص ١٩٠ ، ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤ ، وشرح جلال الدين المحلي عن منهاج الطالبين .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم، المرجع السابق ص ٨٥ ، ونهاية المحتاج المرجع السابق ج٤ ، ص ٢٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المرجع السابق ج ٤ ، ص ٣٥٧.

(٣) سورة البقرة الآية رقم ١٩٥.

(٤) روضة الطالبين ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٨٨ ، وسبل السلاح ج ٤ المرجع السابق ص ٤٠.

(٥) مواهب الجليل ، المرجع السابق ج ٦ ص ٣٢٣ ، المغني لابن قدامه ، المرجع السابق ص ٣٣٤.

(٦) حاشية الدسوقي ، المرجع السابق ج ١ ص ٣٥٧.

(٧) نهاية المحتاج ، المرجع السابق ج ١ ص ٢٤.

وقد أوجب الفقهاء على الدافع ألا يستخدم طريقة للدفاع الا اذا علم انها الطريقة المناسبة لمنع وقوع العدوان من تجاوز ، فلا يجوز الدفع بالقتل مثلا الا اذا علم أن خطر العدوان لا يندفع الا به [١]. ويرى بعض الفقهاء " انه لا يصح أن يقصد المصول عليه القتل ، وانما ينبغي أن يقصد الدفع ". [٢]

فيشترط لاباحة دفاع المصول عليه أن تتجه نيته الى الدفع فقط ثم تحرى الوسيلة المناسبة لذلك بحسب الاحوال فاذا ثبت أنه كان يقصد الاعتداء ابتداء وليس الدفع ، فلا وجه لاباحة فعله [٣] وهذا ما يفصح عنه حديث الرسول عليه الصلاة والسلام " اذا التقى المسلمان بسيفهما فكلاهما من اهل النار " وفي رواية " فالقاتل والمقتول في النار" قيل يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال عليه الصلاة والسلام " انه اراد قتل صاحبه " ، و في رواية " أنه كان حريصا على قتل صاحبه [٤] فالحرص على العدوان يجعل صاحبه آثما وان اتخذ فعله مظهر الدفاع ، اذ الاعمال بالنيات.

ويجب ان يؤخذ الفاعل على سلوكه بحسب اتجاه نيته، اذ لا يمكن القول بان الاثم يلحق المقتول فيدخل النار لمجرد حرصه على قتل صاحبه دون أن يكون القاتل – وقد توافر لديه هذا الحرص بالاضافة الى تنفيذه جريمة القتل – اثما في الدنيا والآخرة مستحقا للعقاب في الدارين .

وتطبيق هذا الحديث على موضوع الجهل بالاباحة يمنع الجاهل سيء النية من الاستفادة منها، ومثال ذلك الذي يستولي على ماله معتقدا انه مال غيره، وانه يسرقه ، ومن يطؤ زوجته معتقدا انها اجنبية وانه يزني بها، ومن يشرب شرابا

(١) بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج ٧ ، ص ٩٣ ، روضة الطالبين ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٨٧ ، وشرح الازهار المرجع السابق، ج٤ ، ص ٤٠٧.

(٢) التاج والاكليل لمختصر خليل ، لأبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المرجع السابق ج ٦ ، ص ٣٢٣.

(٣) انظر الدكتور يوسف قاسم – الدفاع الشرعي ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٣ ص ٢١٦.

(٤) صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٢٥ ، وصحيح مسلم المرجع السابق ، ج٢٢ ص ٥٥.

متوهما انه خمر ويريد السكر ، كل هؤلاء لا تعتبر افعالهم مباحة بل يستحقون العذاب لجرأتهم على الله سبحانه وتعالى.

ومن ناحية أخرى فان قاعدة " الضرر لا يزال بالضرر" [١] تمنع اباحة فعل القاتل لكونه ضررا ضد ضرر ، ولا يمكن ترجيح احدهما على الآخر ، اذ من الصعوبة بمكان القطع بأن مصلحة احدهما في الحياة والسلامة كانت في نظر الشارع أهم من مصلحة الاخر ، نظرا لأن كل منهما كان معتديا على انفراد وبنفس القدر من الاثم والعدوان.

واخيرا فان مع التسليم بأن فعل القاتل قد أدى في واقع الامر الى مصلحة حقيقية وهي منع غيره من تنفيذ عدوانه ، الا ان ذلك الفعل هو في الحقيقة مفسدة مقصودة وهي غير معتبرة وان ادت الى مصلحة، اذ ان المفسدة لا يمكن أن تكون وسيلة مشروعة الى مصلحة. [٢]

ثانيا: **حسن النية في دفع المنكر:**

المنكر هو كل امر يمنع الشارع وقوعه، ويستوي في الامر الممنوع شرعا أن يكون قولا - كالخوض في آيات الله والسب والقذف والغيبة او فعلا كالزنا وشرب الخمر والاكل في نهار رمضان ونحو ذلك ويتحقق دفع المنكر بمنع وقوعه ابتداء او منع الاستمرار فيه فقال الله سبحانه وتعالى:" ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " [٣] ويقول الرسول عليه الصلاة و السلام : " من رأى منكم منكرا

---

(١) الاشباه والنظائر للامام الاسيوطي ، المرجع السابق ص ٨٧.

(٢) الدكتور يوسف قاسم نظرية الدفاع الشرعي ، المرجع السابق ص ٢٧١.

(٣) سورة آل عمران الآية رقم ١٠٤.

فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الايمان"[1] ويعتبر دفع المنكر وظيفة اجتماعية الزامية تجب على كل من شاهد المنكر وكان قادرا على دفعه.

ومن المعلوم ان لكل وظيفة غاية معينة يجب ان توجه الافعال اليها، وغاية دفع المنكر هي المحافظة على المجتمع وحمايته من شروره فاذا طلب الشخص غاية أخرى أي تحرى في نفسه امرا آخر غير الذي امره الله به، فانه لا يكون قد قام بدفع المنكر وانما قام بتحقيق ما استهدفه ، ومن ثم لا تسري على تصرفاته احكام الاباحة.

فيجب ان تتجه النية نحو تحقيق الغاية المشروعة التي هي علة الاباحة ، أي ان يكون الباعث على الفعل هو مجرد الرغبة في الوصول الى علة الاباحة وهي منع المنكر ، فان تجرد الفاعل من ذلك الباعث ، أي تحققت لديه رغبة اخرى فانه يعتبر مخالفا لما أمر به.

وتبدو أهمية حسن النية في حالة ما اذا كان الدفع يحتاج الى فعل أو قول ممنوع بحسب الاصل كالضرب او الجرح او القتل اذ لا يمكن اعتبار أي من ذلك اداء لواجب النهي عن المنكر اذا كان الباعث عليه هو الرغبة في تحقيق غرض شخصي، لأن الشارع لم يوجب على الافراد – بل يجز لهم – تحقيق اغراضهم عن طريق الاضرار بالآخرين تطبيقا للقاعدة الاصولية "لا ضرر ولا ضرار" وانما ابيحت مدافعة المنكر لدفعه فقط ، ومن ثم فان استخدام الاذن الشرعي ذريعة لتحقيق غرض غير الغرض الذي رسمه لشارع وجعله علة الاباحة هو استخدام في غير محله ، فلا تقوم به الاباحة، أي ان الافعال والاقوال التي استخدمت في ذلك تظل على حالتها من الحرمة.

فاذا وجد شخص اخر يفعل الفاحشة وصاح به فلم يمتنع جاز له ان يمنعه بالقوة ، وله ان يقتله ، ما دام قد فعل ذلك دفعا للمنكر [2]، اما اذا كان لاجل عداوة

---

(١) اخرجه مسلم في صحيحه ، المرجع السابق ج٢ ، ص ١٣٥

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي،المرجع السابق، ص ٢٠٤،والمغني لابن قدامه ، المرجع السابق ج٨ ص٣٣٢

أو ثأر فلا يجوز ، واذا اخذ آلات الملاهي او أوعية المشروبات او المأكولات المحرمة بقصد اتلافها واشهار اهلها لفعلهم المنكر فلا شيء عليه، وان قاتله اهلها على ذلك قاتلهم ، فاذا قتلهم لم يضمن ويثاب على ذلك [1] ولكن اذا كان فعله لتحقيق غرض اخر غير دفع المنكر فلا يباح له ذلك ، بل يعاقب في الدنيا ويأثم. (٢)

---

(١) روضة الطالبين ، المرجع السابق ج ١ ص ١٨٩ ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ج ٢ ص ٢٦ ، والاشباه والنظائر للسيوطي ، المرجع السابق ص ١٠، ص ٧١.

(٢) انظر الدكتور علي حسن عبدالله الشرقي ، الباعث واثره في المسئولية الجنائية ، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

الباب الثالث
أثر مبدأ حسن النية في التجريم والعقاب

تحديد الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في سياسة التجريم والعقاب يقتضي تحديد موضعه في النظرية العامة للجريمة والعقوبة، ولذا نقسم هذا الباب الى فصلين على النحو التالي:

الفصل الاول: أثر مبدأ حسن النية في التجريم.

الفصل الثاني: أثر مبدأ حسن النية في العقوبة.

الفصل الاول
أثر مبدأ حسن النية في التجريم

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم ان عناصر التجريم متعددة ، كما انها مختلفة ، فمنها ما يتميز بالطبيعة المادية، ومنها ما يتميز بالطبيعة المعنوية، والبحث عن علاقة مبدأ حسن النية بعناصر التجريم ، أي تحديد موضعه من البنيان القانوني للجريمة، يجعل النظر منصرفا الى العنصر ذي الطبيعة المعنوية، دون النظر الى الاركان ذات الطبيعة المادية . ويقوم الركن المعنوي في الجريمة على محورين: الاهلية الجنائية والاثم الجنائي ويتمثل هذا الاثم في صورتين، الاولى عمدية واساسها القصد الجنائي، والثانية غير عمدية اساسها الخطأ غير العمدي، ويمكن تقسيم هذا الفصل الى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الاول: موضع مبدأ حسن النية في القصد الجنائي.

المبحث الثاني : مبدأ حسن النية وعدم المشروعية

المبحث الاول
موضع مبدأ حسن النية في القصد الجنائي

تقسيم :

القصد الجنــائي هـو احـد صورتـي الركـن المعنـوي للجريمـة، وهـو ارادة تحقيق الواقعة الاجرامية مع العلم بعناصرها المكونة لها ويمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول: موضع حسن النية في كل من القصد العام والقصد الخاص.

المطلب الثاني: تحديد القصد الجنائي من العوامل النفسية الاخرى.

المطلب الثالث: مبدأ حسن النية وانتفاء القصد الجنائي المفترض.

المطلب الاول
موضع حسن النية في القصد العام والخاص

أولا: موضع حسن النية في القصد العام:

لحسن النية مدلول مستقر في القانون الجنائي، وهو انتفاء القصد الجنـائي ، ذلـك ان القصـد الجنـائي هـو ارادة متجهـة الـى مخالفـة القـانون ، أي متجهـة الـى الاعتداء على الحقوق التي يحميها ، فمن انتفت لديه هذه الارادة فلم يكـن مسـتهدفا مخالفة القانون او الاعتداء على حق، فقد انتفـت لديـه النيـة السيئة، وتوافـر لديـه حسن النية. [١]

وينفي حسن النية المسئولية العمديـة، دون المسـئول غيـر العمديـة، الا فـي بعض الاحوال. [٢]

(١) انظر الدكتور مأمون محمد سلامه، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٣٠٢.

(٢) ينفي مبدأ حسن النية المسئولية العمدية لانتفاء القصد الجنائي، وينفي ايضا المسئولية غير العمدية اذا كان الغلط الذى نفى القصد الجنائي مبنيا علـى اسباب معقولـة وتوافر التثبت والتحري، وأيضـا اذا كانت الجريمة لا يعاقب عليها تحت وصف الخطأ.

وتعرف النية الآثمة بالقصد الجنائي ، فالقصد الجنائي اصطلاحا هو نية ارتكاب فعل يجرمه القانون . والنية هي الحاصل النهائي لما استقر عليه التفكير بعد موازنة الظروف والمصالح المختلفة، وهي التي توجه ارادة الجاني لاقتراف الجريمة.

ويشترط القانون لاكتمال النية الآثمة – أي القصد الجنائي – لدى الجاني، وحتى يكون اهلا لتحمل المسئولية الجنائية عن فعله ثلاثة عناصر أساسية هي:

١ – ان يكون انعقاد النية الاثمة عن تكوين ذاتي حر فلا يشوبها عائق ذهني او ارهاب فكري يحول دون سلامة التفكير المفضي الى انعقادها كجنون اوعته او اكراه مادي او ادبي يشل التفكير بما يشوبه سلامته.

٢ – ان يعلم الجاني العناصر الاساسية للفعل المزمع افتراضه والتي يبنى عليها نيته الآثمة ، علما لا يشوبه من العوارض ما يحول دون الاحاطه بها احاطة صحيحة، كالغبن والغلط ، وذلك حتى تكون نيته تعبيرا صادقا عما يحبس بنفسه من نزاعات اجرامية. وهذه العناصر الاساسية للفعل هي التي تكون الركن المادي للجريمة .

٣ – أن يعلم الجاني ان الفعل الذي يريد اقترافه يدخل في دائرة التجريم ومعاقبا عليه لخضوعه الى نص التجريم والعقاب.

الا ان هذا العنصر غني عن الاثبات ، فالعلم بالقانون يفترض توفره لدى الجاني دائما تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الجهل بالقانون لا يقبل العذر به، ولا يعفى الجاني من مغبة فعله.

تلك هي مقومات النيه في صورتها السيئة، وبها يكتمل عناصرالقصد الجنائي كما يحددها القانون،ويكون الجاني جديرا بالمسئولية الجنائية عن النتائج المباشره لما قصد اقترافه من جرم ، ولما يحتمل ان يؤدي اليه فعله من نتائج اخرى غير مباشرة، يجب عليه أن يتوقعها، وان يفترض احتمال حصولها اذا كانت جريمته الاساسية تؤدي اليها بحسب المجرى العادي للامور.

ثانيا: موضع مبدا حسن النية في القصد الخاص:

قد يتطلب القانون في بعض الجرائم نية خاصة تضاف الى عناصر القصد الجنائي، وهو بهذا يخرج على القاعدة المألوفه التي يتوفر بموجبها القصد الجنائي بمجرد توافر العلم والارادة المنصرفين الى ماديات الجريمة، وقد وجد الفقه والقضاء في ذلك دليلا على رغبة الشارع في اضفاء صفة خاصة على القصد الجنائي في تلك الجرائم ولكن وجد – احيانا – ان القانون لا يذكر صراحة مثل هذه النية، الامر الذي اثار حول اشتراطها اختلافات واسعة في الفقه والقضاء ، وحتى مع ورود ذكر لهذه النية، فان النصوص لم تأت بصفة واحدة تدل عليها ، الامر الذي اثار الجدل حول تفسير تلك النصوص وتحديد مدلولاتها.

وقد يعول المشرع على توافر نية معينة محددة فيجعلها شرطا لاكتمال عناصر القصد الجنائي، فيكون تخلفها دليلا على تخلفه ، والمشرع يفعل ذلك لادراكه بأن الفعل – مقترنا بهذه النية – هو مصدر خطر فيمنعه لذلك السبب، كما هو الشأن في جريمة التزوير المواد ٢١١ وما بعدها من قانون العقوبات ، فهي لا يكفي فيها أن يكون الجاني قد غير الحقيقة في محرر عن علم بالتغيير، بل يجب فيها قصد خاص هو نية استعمال المحرر المزور فيما زور من اجله [١]، وفي البلاغ الكاذب حيث يتطلب القانون " سوء القصد (المادة ٣٠٥ من قانون العقوبات) وهو نية الاضرار بالمبلغ ضده. [٢]

---

(١) انظر نقض اول مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد ج٣ رقم ١١٣ ص ١٧٤، ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ ج ٣ رقم ١٤٩ ص ١٩٨ ، ٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض س١ رقم ١٠٣ ص ٣١٢.

(٢) نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٠ س ٢ رقم ١٢٤ ص ٣٣٨ ، ٢٠ مارس سنة ١٩٥٠ س ٢ رقم ٣٠٦ ص ٨٠٨ ، و ٨ مايو ١٩٥١ س ٢ رقم ٣٩١ ص ١٠٧٣.

وقد يكون القصد الخاص لازما لوجود الجريمة بوصف معين، بحيث يكون الفعل نفسه، مجردا عن هذا القصد الخاص، جريمة اخرى يكتفي فيها القصد العام، كما هو الشأن في جريمة اتلاف منقولات الغير ، فهو أن وقع عمدا كان مخالفة معاقبا عليها بالمادة ١/٣٨٩ من قانون العقوبات، وهي جريمة عمدية يكتفي فيها القصد العام ، فاذا وقع الاتلاف " بقصد الاساءة " كانت جنحة معاقبا عليها بالمادة ٣٦١ من قانون العقوبات ، والقصد فيها " خاص " وهو ان يكون الاتلاف واقعا بقصد الاساءة. (١)

ونعتقد بان اشتراط نية خاصة انما يدرك من خلال النص الذي تقوم به الجريمة ، فاذا اشترط النص ذلك فيجب اعماله ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون للجاني غايات اخرى يستهدفها بفعله ابعد من الغاية التي اشترط النص انصرف بنيته اليها ، أي لا يهم ان يكون الجاني قد اندفع الى فعله بباعث اخر يهدف الى غاية ابعد من تلك التي حددها النص.

والواقع ان تنويع القصد على هذا الوجه الى عام وخاص ليس في حقيقته الا تحليلا وبيانا للعامل النفسي الذي يعتد به القانون ويطلبه في جريمة بعينها، وتعريف القانون للجريمة يدخل فيها هذا العامل النفسي. فالتعريف القانوني للقصد واحد في جميع الجرائم ولكن تحليله هو الذي قد يختلف في جريمة عنه في جريمة أخرى (٢) ومن أجل ذلك يكون الرجوع الى النص القانوني لازما لتحديد القصد في جريمة بعينها.

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات المرجع السابق ص ٣٩١ انظر ايضا نقض ٩ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة س ١٠ رقم ٢٥٠ ص ٥١١.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية ، مجلة الحقوق س ٦ ص ٦٥ وما بعدها.

المطلب الثاني
تحديد القصد الجنائي من العوامل النفسية الاخرى

اولا: القصد والارادة:

الارادة عنصر لازم في الركن المعنوي أيا كانت صورته وهي تعمد الفعل المادي أو الترك ، أما القصد الجنائي فهو يشمل، فضلا عن ذلك ، تعمد النتيجة المترتبة على الفعل، فهو اخص من الارادة اذ انه يستلزم توافرها، ولكن توافر الارادة لا يقتضي توافر القصد ، فمن يطلق عيارا ناريا على شبح ظانا انه حيوان فيقتل انسانا لا يعد قاتلا عمدا لانه لم يرد النتيجة المترتبة على اطلاق النار، وهي ازهاق روح انسان، ولو ان اطلاق العيار كان بارادته، فارادة القاتل قد انصبت على الفعل المادي وهو اطلاق العيار ، ولكها لم تنسحب على نتيجته وهي موت الشخص. [(١)]

وتوافر الارادة شرط لازم في جميع الجرائم حتى المخالفات، اما القصد فلا يطلب الا في نوع منها وهي الجرائم العمدية. والعمل الارادي يخرج بعد أن يقطع في ذهن الجاني عدة مراحل، فيطرأ سبب او دافع او باعث يدعو الى التفكير في سلوك معين ، وينتهي التفكير بالعزم على توجيه الارادة ، ثم يلي ذلك تنفيذ ما انعقد عليه العزم، ومن المتصور أن يكون العمل الارادي مسبوقا بهذا النشاط الذهني ولو كان صاحبه عديم الاهلية، فالمجنون او الصغير غير المميز له ارادة وهو يتعمد ويخطيء كسائر الناس ، اما عدم قيام مسئوليته فيرجع الى فقد الادراك او التمييز ، وهو لا يعدم الارادة ولكنه يجعلها غير واعية، ويستوي في مجال الركن المعنوي، ان تكون الارادة واعية او غير واعية ما دامت ارادته آثمة. [(٢)]

---

(١) انظر الدكتور ، السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، المرجع السابق ص ٣٨٧

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام المرجع السابق ص ٣٩٧.

وعلى ذلك يجب الا نخلط بين القصد والارادة، فالفعل في الجريمة العمديــة وفي الجريمة غير العمديــة كلاهمـا ارادي لاتجـاه النفس نحـو تحقيقـه فـي العـالم الخارجي ، والقصد يتوافر في الجريمة العمدية لان الارادة المصاحبة للفعل معيبــة في فحواها المؤثم غير المشروع ، لأن الجـاني اتجهت نيتـه مباشـرة نحـو تحقيـق نتيجة ضارة غير مشروعة او ضـرر جنـائي فـي حالـة العمـد ، او ارتضـى علـى الاقل الصفة غير المشروعة او الاجرامية لفعله في حالة القصد الاحتمالي، اما في الجريمة غير العمدية ، فان الارادة فيها وان كانت معيبة الا انها ليست معيبـة فـي فحواها لأنه مشروع غير مؤثم. (١)

ثانيا: الدافع والقصد :

الدافع استعداد فطري دائم ولكنه متنـوع تبعـا لحاجـات الانسـان وهـو دفيـن كـامن تثيره المنبهـات الخارجيـة او الذهنيـة ، ومـن هـذا القبيـل جميـع الغرائـز والعواطف، وحب الاقتناء ، والعدوان والانتقام والشفقة، وحب السيطرة والنفـوذ ، والكراهية والحقد وغير ذلك، ويجب ان نفرق بين الدافع والبـاعث ، فـالاخير هـو نوع من المنبهات الخارجيـة يثير الدافـع ويرضيـه فـي آن واحـد ، كتـأثر عاطفـة الشفقة عنـد الانسـان لـدى رؤيتـه صديقـا يتعـذب مـن آلام مـرض عضـال او الام جروح بالغة في حالة حرب فيؤدي ذلك الى نشاط اجرامي هو القتل لتخليصه مـن ويلات هذا التعذيب، او تأثر عاطفة الكراهية وغريزة المقاتلة والعدوانية عنده لدى رؤيته عدوا فيؤذى ذلك الى ازالة هذا العدو وتحطيمـه. فرؤيـة الصديـق او العـدو باعث اثار دافع الشفقة او الكراهية.

فالدافع هو المحرك لكل سلوك انسـاني سـواء كـان اراديـا واعيـا او غيـر ارادي لانه يعتبر في الحالة الاخيرة استجابة مباشرة دون تدخل من جانب الـذات

(١) انظر الدكتور محمد محي الدين عوض ، القانون الجنائي ، مبادئه الاساسية ونظرياته العامة ، دراسة مقارنة سنة ١٩٨١ ص ٣٤٩.

الوعية بارادتها، ولا يعتد الشارع بالدوافع في قيام المسئولية الجنائية، وانما يعتد بالقصد لانه صادر دائما عن الذات الواعية ، ولكن هذا لا يمنع من أن وراء كل قصد دافع محرك للسلوك الارادي، سواء كان هذا الدفاع ماثلا في الذهن وقت ارتكاب الفعل او غير ماثل فهو نزعه داخلية، اما القصد فهو الارادة موجهة الى العالم الخارجي. والقصد ثابت لا يتغير في الوقائع المتماثلة من الجريمة الواحدة لانه موضوعي اما الدافع فيتغير من جريمة الى اخرى تبعا للاشخاص ، كما ان القصد ركن من أركان الجريمة ، بينما الدافع ليس بركن فيها، ولكنه له دور مرموق في دراسة شخصية المجرم وتحليلها لتحديد المعاملة الجنائية المناسبة.

ثالثا: الغاية والقصد والنتيجة والغرض:

الغاية او الهدف بصفة عامة هو كل ما يشبع الدافع وحاجاته وعلى ذلك فالدافع باعتباره محركا لكل سلوك يعد أول نقطة فيه، اما الغاية باعتبارها مشبعة لحاجة الدافع فتعد آخر نقطة فيه وتبعا لذلك تكون الغايات متعددة ومتنوعة تبعا لتنوع الحاجات. والغاية قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة وقد تكون متعددة وتصبح الغاية غرضا عندما تكون واضحة في الذهن.

والنتيجة هي الاثر المترتب على النشاط المقصود بالعقاب ، او هي الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون ، وهي لا تختلف في الجريمة الواحدة، فنتيجة القتل هي ازهاق الروح ، ونتيجة الضرب هي المساس بسلامة جسم المجني عليه ، ونتيجة السرقة هي نزع الحيازة ، وهكذا، اما الغاية فتتجاوز النتيجة، اذ هي الغرض النهائي الذي يرمي اليه الجاني من ارتكاب الجريمة ، وهي كالدافع قد يختلف في الجريمة الواحدة ، وصلتها بالدافع ان هذا الاخير مثل الرغبة، اما الغاية فهي اشباع هذه الرغبة، فقد تكون الغاية من التزوير جر مغنم للجاني او دفع ضرر عنه او تحقيق مصلحة لغيره او ايقاع اذى بغيره [1] وقـــد

(١) انظر نقض ١٠ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٣٣٣ ص ٤٤٥.

تكون الغاية من القتل اشباع شهوة الانتقام او الاستيلاء على مال للقتيل، وما الى ذلك ، ولا يعتد القانون عادة بالغاية التي يرمي اليها الجاني، كما هو الشأن في البواعث ، ويلاحظ ان الغاية تشترك مع النتيجة في انهما قد يكون ماثلين في الذهن او غير ماثلين ، فان كانت النتيجة ماثلة في ذهن الجاني وكان يريدها فهي عمدية. والغاية ان كانت ماثلة فهي غرض وان كانت غير ماثلة فهي غاية غير مباشرة.

وقد تقترن النتيجة بالغرض وقد تفترق عنه ، وفي هذه الحالة الاخيرة تتم الجريمة بتمام نتيجتها سواء تحقق الغرض من وراء المشروع الاجرامي ام لم يتحقق لان القانون لا يعتد بالغايات والاغراض بحسب الاصل.

اما القصد فهو ركن من الجريمة فاذا انتفى لا تقوم الجريمة بدونه، كما ان تحقق النتيجة المعاقب عليها يجعل الجريمة تامة، فان تخلفت النتيجة رغم ارادة الفاعل وقفت عن حد الشروع. اما اذا تخلفت باختياره ، أي بعدوله عن اتمام الجريمة ، فهذا يحول دون توافر الشروع لانتفاء احد اركانه وهو عدم اتمام النتيجة الاجرامية بسبب غير اختياري.

رابعا: القصد والباعث:

ويختلف القصد عن الباعث ، فالباعث MOTIF هو العامل الداخلي الذي يدفع الانسان الى ارتكاب الجريمة، ويعد الباعث القوة المحركة للارادة، او العامل النفسي الذي يدعو الى التفكير في الجريمة والباعث عليها.

ويختلف الباعث باختلاف الوقائع مع اتحاد نوع الجريمة ، كما في القتل، فقد يقتل الجاني غريمه انتقاما او بدافع البعض ، او يقتل المريض من باب الشفقة عليه تخليصا له من آلام مبرحة، وهذا بخلاف القصد فانه واحد في كل نوع من الجرائم، فالقصد الجنائي في جريمة القتل العمد واحد مهما اختلفت الوقائع والبواعث على ارتكابها، وكذلك القصد في السرقة لا يختلف في واقعة عنه في

واقعة اخرى وان اختلفت البواعث على ارتكاب كل واقعة. [١] والاصل ان الباعث لا اثر له في وجود القصد الجنائي او في شروط العقاب على الجريمة، فتقع الجريمة مهما كان الباعث الذي دفع الجاني الى ارتكابها. [٢] ولو كان الباعث شريفا، ويترتب على ذلك ان عدم معرفة الباعث على الجريمة لا يؤثر في وجودها ، فيعاقب عليها ولو ظل الباعث عليها مجهولا. [٣]

ويتوافر القصد الجنائي مهما كان الباعث الذي دفع الجاني الى ارتكاب الجريمة ، ولذلك فان خطأ الحكم في اثبات الباعث لا يؤثر في سلامة الحكم ما دام انه لم يتخذ منه دليلا في الادانه [٣] ومع ذلك، فان الباعث يؤدي دورا مزدوجا في قيام الجريمة والعقاب عليها على النحو التالي:

١ - للباعث اهميته في تقدير العقوبة التي يحكم بها القاضي فعلا في حدود ما يبيحه له القانون من التقدير بين حد العقوبة الادنى وحدها الاقصى، او في أخذ المتهم بالرأفة في الحدود المبينة في المادة ١٧ من قانون العقوبات.

أو في الامر بوقف تنفيذ العقوبة (المادة ٥٥ وما بعدها من قانون العقوبات)، وتأثير الباعث في العقوبة هذه الوجه وفقا للتشريع المصري امـــر

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٢٧٨ الدكتور محمود محمود مصطفى، شرع قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق ص ٣٩٧، الدكتور محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي، مبادئه الاساسية ونظرياته العامة، المرجع السابق ص ٢٥٨.

(٢) انظر نقض ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية س ١٧ رقم ٣٤ ص ٥٣، ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد ج١ رقم ٥٤ ص ٧٠ ، و ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ ج٣ رقم ١٧٠ ص ٢١٧، و ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ ج٣ رقم ٣١٨ ص ٤١٣، و ١٠ ابريل سن ١٩٤٤ة ج٦ رقم ٣٣٣ ص ٤٥٥، و ٢٩ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة محكمة النقض س ١ رقم ٢٢٩ ص ٧٠٥، و ١٧ ديسمبر ١٩٥٠ س ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٤٥ ، نقض ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة محكمة النقض س ٦ رقم ٩٣ ص ٢٧١.

(٣) انظر نقض ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة الاحكام س ١٧ رقم ١٣٢ ص ٧١٥.

اختياري يرجع الى سلطة القاضي التقديرية. [١]

٢ - وقد يكون للباعث اثر في قيام الجريمة او في شروط العقاب عليها وذلك في الاحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون ، وفي هذه الاحوال يدخل الباعث على نحو ما ، في تحديد القصد الجنائي. ويكن ذلك في بعض الاحوال التي يتطلب فيها القانون " قصد خاص " او " نية خاصة". [٢]

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٢٩٠.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٤٥٢.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية وانتفاء القصد الجنائي المفترض

اولا: المسئولية المفترضة:

من المقرر قانونا ان المسئولية الجنائية شخصية، فلا توقع عقوبة الجريمة الا على من ارتكبها او اشترك فيها ، ويتضح ذلك جليا من اشتراط توافر اهلية الجاني واثمه الجنائي ، وبناء على ذلك لا يجوز مساءلة شخص عن جريمة غيره ما لم يكن اهلا لارتكاب هذه الجريمة، وتوافر لديه الاثم الجنائي بشانها.

وقد ترددت هذه القاعدة في توصيات المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات بمناسبة بحث المساهمة الجنائية، فنص على أنه لا يسأل شخص عن جريمة يرتكبها غيره الا اذا احاط علمه بعناصرها واتجهت ارادته الى المساهمة فيها. (١)

ويحتل موضوع المسئولية الجنائية عن فعل الغير مكانا هاما بين موضوعات القانون الجنائي، ويرجع ذلك الى ان هذا النوع من المسئولية يخالف المبادىء المستقرة ، ويرجع هذا الموضوع الى التطورات الاجتماعية والاقتصادية داخل الدولة ، ويعلل هذا النوع من المسئولية المادية بالصلة الوثيقة بين الامر المعاقب عليه وبين من تفترض مسئوليته.

ولكن رغم الاعتراف بقيام المسئولية عن فعل الغير، الا ان الفقه والقضاء ما زال يعترف لها بطابع استثنائي ، ومن ثم وجب ان يكون تفسيرها ضيقا، فلا يجوز التوسع فيها او القياس عليها. (٢)

وقد عرف القانون المصري المسئولية عن فعل الغير، في الجرائم الاقتصادية ، وجرائم النشر.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى ، القسم العام ، المرجع السابق ص ٤٤١.

(٢) انظر الدكتور محمود عثمان الهمشري ، المسئولية الجنائية عن فعل الغير رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٩ ص ٧٠.

أ - **القصد الجنائي المفترض في الجرائم الاقتصادية:**

يخضع العلم بالوقائع في الجرائم الاقتصادية الى الاحكام العامة في القانون العام، الا انه يعد خروجا على ذلك الاتجاه نحو افتراض هذا العلم، فالاصل ان تقدير عنصر العلم في القصد الجنائي يجب أن يكون شخصيا ، بمعنى أن يثبت توافره لدى الشخص نفسه فعلا لا افتراضا. [١] الا ان التقارير التي قدمت للمؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات اتجهت الى توسيع دائرة المسئولية عن فعل الغير في الجرائم الاقتصادية، فاذا ارتكب العامل جريمة اقتصادية لا يسأل عنها وحده بل يسأل ايضا مالك المنشأة او مستغلها او مديرها ، أي الشخص المكلف بالاشراف على تنفيذ القوانين الاقتصادية، ولهذه المسئولية ما يبررها ، فاذا علم صاحب المنشأة او مديرها انه سيسأل عن كل جريمة اقتصادية، يرتكبها احد العمال فانه سيعمل على تلافي ذلك بحسن اختيار عماله ويسهر على تنفيذ القوانين الاقتصادية، ومن حالات المسئولية عن الغير في القانون المصري هي:

١ - نصت المادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين على انه " يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره او القائم على ادارته عن كل ما يقع في المحل من مخالفات لاحكام هذا المرسوم بقانون، ويعاقب بالعقوبات المقررة لها، فاذا اثبت انه بسبب الغياب او استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة اقتصرت العقوبة على الغرامة في المواد ٥٠ الى ٥٦ من هذا المرسوم بقانون.

وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولية الفرضية قائمة على الدوام ما لم يدحضها سبب من اسباب الاباحة او مونع العقاب او المسئولية. [٢]

---

(١) انظر الدكتور عبد الرؤوف مهدي ، المسئولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ ص ٢٧٥.

(٢) نقض ٧ اكتوبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض س ١٩ رقم ١٥٧ ص ٨٠٢.

٢ - نصت المادة ١٣ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالرقابة على النقد على أن " يكون المسئول عن المخالفة في حالة صدورها عن شركة او جمعية الشريك المسئول او المدير او عضو مجلس الادارة المنتدب او رئيس مجلس الادارة على حسب الاحوال."[1]

٣ - قضت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة على أن يكون " مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولية معا عن أية مخالفة لاحكام هذا القانون " . ويسأل عن الجريمة المستغل او المدير سواء ثبتت ملكيته للمحل او لم تثبت ولا يدرأ عنه المسئولية غيابه عن المحل وقت ارتكاب الجريمة فيه. [2]

ولكن اذا اثبت ان ظروف القوة القاهرة قد حالت بينه وبين الاشراف على محله ومنع ارتكاب الجريمة انتفت بذلك مسئوليته عنها. [3]

ب - القصد الجنائي المفترض في جرائم النشر:

نصت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على انه " مع عدم الاخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة او واضع الرسم او غير ذلك عن طريق التمثيل يعاقب رئيس تحرير الجريدة او المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر، اذا لم يكن ثمة رئيس تحرير، بصفته فاعلا اصليا للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته، ومع ذلك يعفى من المسئولية الجنائية:

---

(١) نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض س ٩ رقم ٢٥٥ ص ١٠٥٨.

(٢) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٧٢٨ ص ٨٨٢ ٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٧٥ ، ٧ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض س ٢ رقم ٣٨٥ ص ١٠٥٥ ، ٢٤ يونيه سنة ١٩٦٨ س ١٩١٩ رقم ١٥٥ ص ٧٧٧ ، ٧ اكتوبر سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ١٥٧ ص ٨٠٢.

(٣) نقض ٧ يونيه مجموعة احكام النقض س ٦ رقم ٣١٨ ص ١٠٨٤، مارس سنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ٥٤ ص ٢٧٣ ، ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٨ س ١٩ رقم ١٩٢ ص ٩٨٥، ٢٦ يناير سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ٤٦ ص ١٨٧ ، ١١ مايو سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٦٥ ص ٧٠٠.

١ - اذا اثبت ان النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والاوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر.

٢ - او اذا أرشد في اثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وقدم كل ما لديه من المعلومات والاوراق لاثبات مسئوليته واثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة او لضرر جسيم آخر ".

فهذا النص يقرر مسئولية رئيس تحرير الجريدة مفترضا توافر القصد الاجرامي لديه (١) وذلك على اساس ان من واجباته الاشراف الفعلي على محتويات الجريدة ومنع نشر ما يعد فيها جريمة، وقد اكدت محكمة النقض ذلك فقضت ان رئيس التحرير المسئول جنائيا طبقا لاحكام قانون العقوبات والمسئول اداريا طبقا لاحكام قانون المطبوعات يجب اصلا ان يكون رئيسا فعليا، أي انه يجب ان يباشر التحرير بنفسه او يشرف عليه، أو يكون في استطاعته هذا الاشراف، وان اتفاقه مع شخص آخر على القيام بوظيفة رئيس التحرير لا يدرأ عنه هذه المسئولية بعد ان اخذها على نفسه رسميا بقيامه بالاجراءات التي يقتضيها قانون المطبوعات وهذه المسئولية مبنية على افتراض قانوني بان اطلع على كل ما نشر في الجريدة وانه قدر المسئولية التي تنجم عن النشر ولو لم يطلع فعلا (٢)

ثانيا: أساس المسئولية المفترضة:

انقسم الرأي في الفقه والقضاء في فرنسا الى عدة اتجاهات فذهبت محكمة النقض الفرنسية بادىء الامر الى اعتناق نظرية الحيلة القانونية او التمثيل القانوني

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ص ٤٤٢.

(٢) انظر نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣١٥ ص ٢٧٤ ، ١٠ ابريل سنة ١٩٣٠ ج٢ رقم ٢٠ ص ٩ ، وفي نفس المعنى: نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض س ١٥ رقم ١٣٦ ص ٦٨٧، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٧٩ ص ٩٣٧ ، ١٦ مايو سنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ١١٢ ص ٦٢٨.

لمدير المنشأة عن العاملين فيها الا ان هذا الاتجاه كان يعيبه انه يتنافى مع الطابع الواقعي لقانن العقوبات.

واتجهت محكمة النقض بعد ذلك الى اعتناق نظرية العقد او الخضوع الاختياري لمدير المشروع لمخاطر المهنة، ولكن مجال هذه النظرية في القانون المدني، ولا تتفق مع الطبيعة الجزائية لقانون العقوبات.

وذهب اتجاه ثالث الى أن المسئولية الجنائية عن فعل الغير ترتكيز على التـزام يفرضـه القانون مباشرة على صاحب المشروع بمقتضاه يلتزم شخصيـا ومباشرة بمراعاة اللوائح المتعلقة بممارسة المهنة وحمل الغير على احترامها.

واتجهت محكمة النقض المصرية الى اعتبار المسئولية الجنائية عن فعل الغير نوعا من المسئولية المفترضة اتت على خلاف المبادىء العامة التي تقضي بأن الانسان لا يكون مسئولا الا عن العمل الذي يثبت بالدليل المباشر انه قام به فعلا. (١)

وقالت محكمة النقض في مسئولية رئيس التحرير عن جرائم النشر بأن المشرع قد انشأ في حقه قرينه قانونية بانه عالم بكل ما تنشره الجريدة التي يشرف عليها كمسئولية مفترضة.

---

(١) انظر نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد ج٣ رقم ٢١٥ ص ٢٤٧ ، نقض ١٠ ابريل سنة ١٩٣٠ ج٢ رقم ٢ ص ٩، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الاحكام س ١٥ رقم ٦٨٧ ، ٢٣ يونيه سنة ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٥٦٧ ، نقض ٢ يناير سنة ١٩٨٦ رقم ٤٢٥٦.

ثالثا: الغاء قرينة العلم في الغش والتدليس لعدم دستوريتها:

الغى المشرع في القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ ما نصت عليه الفقرة الثانية من البند [١] من المادة الثانية من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٨ [١] لقمع التدليس والغش ، فكانت تنص على انه: " يفترض العلم بالغش او الفساد اذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة او من الباعة الجائلين ما لم يتبين حسن نيته ومصدر الاشياء موضوع الجريمة ".

١ – قرينة العلم في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١:

لما كان القصد الجنائي هو علم الجاني بالوقائع المكونة للجريمة، واتجاه ارادته الى ارتكاب الفعل ، فان ذلك العلم هو احد عنصري القصد الجنائي ، والعلم الذي يتطلبه القانون هو العلم اليقيني او الفعلي الذي يتوافر لدى الجاني لحظة اقتراف الفعل ، فلا محل لافتراض هذا العلم.

ولكن المشرع رأى ان هذا الوضع كثيرا ما يؤدي الى تخلص بعض الجناة من المسئولية استنادا الى تعذر اثبات العلم قبلهم بطريقة قاطعة، فتدخل بموجب القانون رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ باضافة فقرة جديدة الى البند (١) من الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون قمع التدليس والغش، وافترض بموجبها العلم في جريمة الغش . وقد كان الباعث على اضافة الفقرة المشار اليها حسب ما جاء في المذكرة الايضاحية صدور احكام كثيرة بالبراءة في قضايا غش الالبان.

---

(١) معدلة بالقوانين التالية:

- القانون رقم ٨٣ سنة ١٩٤٨ (الوقائع المصرية في ٣ يونيه سنة ١٩٤٨، العدد ٢٨).
- القانون رقم ١٥٣ سنة ١٩٤٩ (الوقائع المصرية في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩، العدد ١١٩).
- القانون رقم ٥٢٢ سنة ١٩٥٥ (الوقائع المصرية في ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٥، العدد ٨٣ مكرر).
- القانون رقم ٨٠ سنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية في ١٠ يوليو سنة ١٩٦١، العدد ١٥٣).
- القانون رقم ١٠٦ سنة ١٩٨٠ (الجريدة الرسمية في ٣١ من مايو سنة ١٩٨٠، العدد ٢٢ مكرر).
- القانون رقم ٢٨١ سنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٩٤، العدد ٥٢).

٢ - الغاء قرينة العلم في القانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٤ لعدم دستوريتها:

في الواقع ان الاخذ بقرينة العلم التي كان ينص عليها القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٨ يتعارض تماما وطبيعة القصد الجنائي لأن العلم المكون لهذا القصد هو العلم اليقيني او الفعلي ، ويقتضي ذلك ان يكون الجاني عالما حتما بطبيعة هذا الفعل ومقدار خطورته وعلاقة السببية بينه وبين النتيجة الاجرامية. ومن اهم العيوب التي يمكن نسبتها الى قرينة العلم هي:

أ - ان افتراض العلم بغش السلعة او فسادها لدى البائع المتجول او التاجر ينطوي على خطورة كبيرة يمكن معها مؤاخذة الابرياء الذين قد يكونوا ضحية لغيرهم من صانعي المواد المغشوشة او الفاسدة.

ب - جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ ان افتراض العلم يتناقض مع قرينة البراءة التي نص عليها الدستور المصري في المادة ٦٧٥ ، ومن ثم فهي مخالفة للدستور ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية افتراض العلم. (١)

ج - ويزيد من عيوب الاخذ بقرينة العلم ان المشرع يتطلب لكل مادة مواصفات قياسية معينة، يتكفل بتحديدها الوزراء المختصون مما يؤدي الى تعدد المراسيم والقرارات الصادرة في هذا الصدد بدرجة لا يمكن حصرها. (٢)

---

(١) جلسة ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ قضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية.

(٢) انظر الدكتور حسن احمد الجندي ، الحماية الجنائية للمستهلك ، الكتاب الاول ، قانون قمع التدليس في الغش دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥ ص ٨٥.

المبحث الثاني
مبدأ حسن النية وعدم المشروعية

تمهيد وتقسيم:

قد يتطلب القانون في بعض الجرائم نية خاصة تضاف الى عناصر القصد الجنائي، ويعول على توافرها فيجعلها شرطا لاكتمال عناصر القصد الجنائي، ويصبح تخلفها دليلا على تخلفه ويعتبر ذلك دليلا على رغبة الشارع اضفاء صفة خاصة على القصد الجنائي في تلك الجرائم.

والمشرع يفعل ذلك لادراكه بأن اقتران الفعل بهذه النية هو مصدر خطر.

ونعتقد بان اشتراط نية خاصة انما يدرك من خلال النص الذي تقوم به الجريمة، فاذا اشترط النص ذلك فلا بد منه، ولا يهم بعد ذلك أن تكون للجاني غايات اخرى يستهدفها بفعله ابعد من الغاية التي اشترط النص انصراف نيته اليها، أي لا يهم ان يكون الجاني قد اندفع الى فعله بباعث اخر يهدف الى غاية ابعد من تلك التي حددها النص.

ولهذه الفكرة تطبيقات كثيرة في نطاق القسم الخاص من قانون العقوبات والقوانين الملحقة به سواء فيما يتعلق بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، او الجرائم المخلة بالثقة العامة او الجرائم الواقعة على الاشخاص والاموال ، أو جرائم الخداع او الغش في التعاقد، والغش في تنفيذ العقود ، والبلاغ الكاذب ، والشيك بدون رصيد، وتجاوز حدود المشروعية.

المطلب الاول

الجرائم المضرة بالمصلحة العامة
(جريمة انتهاك اسرار الدفاع)

تمهيد:

من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الجرائم المضرة بأمن الدولة وتشترط بعض التشريعات في بعض صور الجرائم التي تضر بأمن الدولة أن يكون الجاني مدفوعا اليها برغبة خاصة، فاذا انتفت هذه الرغبة انتفت تلك الجريمة ، ويتحقق ذلك سواء فيما يتعلق بالامن الخارجي أو الداخلي للدولة، وسوف نقصر الحديث في شأن الجرائم المضرة بالامن الخارجي على جريمة انتهاك اسرار الدفاع المنصوص عليها في المادة ٨٠ من قانون العقوبات.

أولا: علة التجريم:

نصت المادة ٨٠ من قانون العقوبات على أن " يعاقب بالاعدام كل من سلم لدولة أجنبية او لأحد ممن يعملون لمصلحتها او أفشى اليها أو اليه بأية صورة وعلى أي وجه وبأية وسيلة، سرا من اسرار الدفاع عن البلاد، او توصل بأية طريقة الى الحصول على سر من هذه الاسرار بقصد تسليمه او افشائه لدولة أجنبية أو لاحد ممن يعملون لمصلحتها، وكذلك كل من اتلف لمصلحة دولة أجنبية شيئا يعتبر سرا من أسرار الدفاع او جعله غير صالح لان ينتفع به.

ويتضمن هذا النص صور ثلاث يتم فيها انتهاك اسرار الدفاع الاولى هي تسليم او افشاء سر من تلك الاسرار، والثانية هي التوصل الى الحصول عليه بنية افشائه او تسلميه، وأما الثالثة فهي القيام باتلافه، او جعله غير صالح لان ينتفع به وذلك لمصلحة دولة أجنبية.

وواقع الامر انه ليس اهم للدولة من حماية أسرار الدفاع عنها مما لا يجوز معه ان يتوانى المشرع في توقيع أصرم عقاب لتأكيد حماية هذه الاسرار التي تتعلق بوجود الدولة وبقائها بين الامم ، وقد زادت اهمية أسرار الدفاع بعد أن تغيرت أساليب الحرب الحديثة، فلم تعد قاصرة على المجال العسكري بل أصبحت حربا شاملة تمس جميع المصادر الحيوية للامة وجميع خططها العسكرية والسياسية والدبلوماسية والاقتصادية.

ثانيا: طبيعة القصد الجنائي في جريمة انتهاك أسرار الدولة :

هذه الجريمة عمدية، ومن ثم يتعين بادىء ذي بدء من توافر القصد الجنائي. وقد ذهب اغلب الشراح [١] الى أن القصد الجنائي المتطلب في الصورتين الثانية والثالثة هو نوع من القصد الخاص، والحجة في ذلك هي انه لا يكفي توافر العلم والارادة المحيطان بماديات الجريمة التي تتمثل في الحصول او الاتلاف والنتيجة المترتبة على ذلك وهي الحيازة والتلف او عدم صلاحية السر للانتفاع به وانما يجب اقتران ذلك بنية خاصة هي بنية تسليم او افشاء السر المحصول عليه لدولة اجنبية او لاحد ممن يعملون لمصلحتها، او نية اعاقة تلك الدولة بذلك الاتلاف، أي جعله لمصلحتها، فلا تقع الجريمة اذا ارتكب الجاني فعل الحصول بسبب الفضول او تحقيقا لباعث آخر، كما لا تقوم اذا استهدف الجاني اتلاف من السر أو جعلهغر صالح للانتفاع به تحقيق غرض آخر كالاضرار بمن عهد اليه المحافظة على السر ولا يجوز الادعاء بعدم العلم بان الامر موضوع الجريمة هو من أسرار الدفاع ، لأن الجهل به هو جهل بقانون العقوبات الذي تولى بذاته مهمة التعريف بها، وهو ما لا يقبل الاعتذار به. على انه يجوز الادعاء بالغلط في الاباحة بدعوى الاعتقاد بأن الدولة قد رفعت حجاب

---

(١) J'le'aute : Secret militire et liberte de la presse. Paris 1957. PP 5-6.

السرية عن أمر او واقعة ، وعلى المتهم عبء اثبات هذا الدفاع . ومن جهة اخرى فان الجريمة تعتبر تامة بمجرد الحصول على السر- أو بعضه - ما دام مقترنا بنية التسليم او الافشاء ، بل ولو لم يعلم الجاني بالسر الا على وجه خاطيء. [1]

ثالثا: الاهمية القانونية للنية المشار اليها في النص:

لقد عول القانون على هذه النية في اسباغ الوصف الجنائي على فعل الحصول على السر، ويظهر ذلك بوضوح من الملاحظات التالية:

١ - أن توافر ماديات جريمة التوصل الى الحصول على السر بنية تسليمه او افشائه لدولة اجنبية أو لاحد مما يعملون لمصلحتها لا يكفي لقيامها ، لأن هذا القدر من الماديات والمعنويات لا ينم عن خطراً أصلا، او ان الخطر فيه قليل نسبيا، ولكن بوادر الخطر الجدية تظهر عند اقتران تلك الماديات بنية اجرامية اضافية تدفع الى خطر حقيقي وهي نية تسليم سر الدفاع الى دولة اجنبية او ممن يعملون لمصلحتها.

ونحن لا نذهب بهذا الى اشتراط تحقق الخطر واستمالته الى ضرر واقع، بل نقصد انه مجرد انتواء الجاني تحقيق ذلك الضرر كافي لتوافر معنويات الجريمة لديه، اما تحقيق ذلك الضرر فعلا فانما هو النتيجة الاجرامية في جريمة التسليم او الافشاء، وهي جريمة اخرى مستقلة.

٢ - ان عبارة النص جاءت شاملة لكل الطرق التي يمكن بها التوصل للحصول على ذلك السر، بما فيها الطرق المشروعة التي قد يشكلها الانسان بحكم وظيفته،

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور- القسم الخاص والمرجع . بعد رقم ٣٣ ص ٧٩ ، الدكتور عبد المهيمن بكر، جرائم أمن الدولة ، ص ١٨٥.

ويستوي في ذلك أن يكون الشخص أمينا على السر ، اذ لم يتطلب القانون مثل هذا الشرط [١] وتسويه القانون بين الطرق المشروعة وغير المشروعة في التجريم اذا ما اقترنت بنية الافشاء أو التسليم هو دليل على ان العامل الحاسم في هذه الجريمة هو تلك النية المنطوية على شر.

٣ - ان انتفاء هذه النية يعني انتفاء هذه الجريمة اصلا وان كانت جريمة اخرى، فالذي يسعى للحصول على سر من أسرار الدفاع بنية حيازته فقط او بدافع حب الاستطلاع ، او بقصد تسليمه ، ولكن ليس لدولة اجنبية وليس لاحد ممن يعملون لمصلحتها لا تقوم في حقه هذه الجريمة.

٤ - علاقة الباعث بنية الافشاء أو التسليم:

الواقع لا تمثل النية المشار اليها آنفا عنصرا مغايرا للباعث او بعيدا عنه، ونعتقد ان نية تسليم السر او افشائه كانت على شكل رغبة في تقديم خدمة للدولة الاجنبية المستفيدة، وان هذه الرغبة كانت الدافعة الى اتمام ماديات تلك الجريمة. اما ما قيل عن عدم أهمية الباعث في شأن هذه الجريمة [١] فانما يقصد به ذلك الباعث البعيد الذي يظهر دوره - حقيقة - في مرحلة لاحقة- تقوم بها جريمة مستقلة - هي مرحلة الافشاء او التسليم فعلا ، وفي تلك الجريمة قد يكون الباعث هو الرغبة في توفير مصلحة مالية أو معنوية للجاني او لاحد من يهمه امرهم او الحقد على الدولة صاحب السر ، او نحو ذلك من المطامع التي تشكل بواعث تدفع اتمام المراحل النهائية للنشاط الاجرامي. فان لكل نشاط بواعثه الخاصة به، فاذا شارك معها غيرها فانما تكون مشاركة محدودة، وتقتضي الدقة في التحليل عدم تقديمها على ما هو اكثر منها أهمية.

---

(١) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور – الوسيط في قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق رقم ٣٠ ص ٥٣.

ثم ان وجود اكثر من باعث في اتجاه واحد لا يمنع المشرع من التعويل على أحدها واهمال سائرها ، فيكون في هذه الحالة اطلاق القول بان لا عبرة بالباعث في قيام الجريمة اطلاق غير سليم.

ومما يؤكد صحة ما نذهب اليه ان جانبا من الفقه [١] يصف القصد الخاص - بصورة عامة - بأنه تلك النية التي تتصرف الى غاية معينة. [٢]

---

(١) الدكتور احمد فتحي سرور ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص المرجع السابق ص ٥٩. الدكتور عبد المهيمن بكر، جرائم أمن الدولة ، المرجع السابق ص ١٨٥.

(٢) انظر الدكتور محمد مصطفى القللى ، في المسئولية الجنائية - مكتبة وهبه سنة ١٩٤٥ ص ٨٩.

المطلب الثاني
(جريمة التزوير)

من الجرائم المخلة بالثقة العامة، جرائم التزييف التي تقع على العملة ، وجرائم التزوير التي تقع على الاختام والتحفات والعلامات، وجرائم التزوير في المحررات الرسمية او العرفية ويجمع هذه الجرائم انها تقوم كلها على تغيير الحقيقة، وأن هذا التغيير كاف لتحققها دون اشتراط استعمال لاحق للشيء الواقع عليه التغيير او تحقق ضرر فعلي من جرائه[١] وتستلزم هذه الجرائم قصداً خاصا، قوامه الرغبة في التعامل بالشيء موضوع الجريمة فيما زيف او زور من اجله [٢] ونظرا لأن جميع هذه الجرائم تشترك في القصد الجنائي المطلوب ، لذلك يكتفي أن نتناول فكرة القصد الجنائي في جريمة تزوير المحررات تجنبا للتكرار.

أولا: القصد الخاص في جرائم التزوير:

يرى غالبية الشراح في مصر أن القصد الجنائي في جريمة التزوير بأنه قصد خاص محتجين بعبارة " غير بقصد التزوير " ، وهي عبارة تفيد انصراف النية بحسب الراجح الى استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله. [١]، وهو المعنى الذي ايده القضاء المصري الذي اطردت احكامه على ذلك.[٤]

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق ص ١٠٧.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور،الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٥٨،

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني ، الدكتور رؤوف عبيد، جرائم التزييف، المرجع السابق ص ٤٣.

(٤) نقض ٤ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ١٩٦ ص ٢٠١، ٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٥، رقم ٣٣٤ ص ٦٠٤، ٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ١٧٨ ص ٣٤٤، ١٣ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س٤ رقم ١٤٢ ص ٣٦٥، ٧ فبراير سنة ١٩٠٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٩٨ ص ٣٠٥، ٤ ديسمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض س ٢٣ رقم ٣٢٢ ص ١٤٣.

وهذا يعني أنه لا بد من نية خاصة تتجه الى غرض معين يكون الهدف الذي تتجه اليه النية وتقود سلوكه نحوه.

ونحن نستدل على لزوم هذه النية الخاصة بمعناها الذي ذهب اليه الفقه الغالب، واعتبارها عنصرا من القصد الجنائي على خلاف الاصل، بأن القانون يستلزمها على الرغم من اكتمال العناصر الاخرى المطلوبه عادة لقيام ذلك القصد وهي العلم والارادة، فلا يكفي ان يقوم الشخص على ارتكاب التزوير عن علم وارادة محيطين بفعل التزوير ، بل لا بد من تلازم ذلك مع نية اجرامية هي نية استعمال المحرر الذي سوف يوجد في الفرض الذي زور من اجله. فلو ثبت عدم توافر هذه النية - كما اذا وضع امضاء آخر على ورقة بقصد اظهار مهارته في التقليد ، فلا يكفي ذلك لقيام الجريمة.

ثانيا: علاقة الباعث بنية استعمال المحرر فيما زور من أجله:

نية الاستعمال هي الميل نحوه والرغبة فيه بحيث يكون الهدف المقصود، وتكون النية موجهة السلوك نحوه ، فهي حرص ورغبة فيه بعد تصور وادراك فوائده ومزاياه، ونعتقد بان ذلك الحرص وتلك الرغبة - وهما جوهر الباعث- هما الذين أضفيا على فعل التزوير أهميته وخطورته حتى صار جديراً بالاهتمام.

وقد يقال ان التزوير قد تم تحت تأثير باعث او بواعث اخرى غير مجرد الرغبة في الاستعمال، أي بواعث بعيدة كانت هي السبب في الاقدام على التزوير، فنقول ان الحقيقة هي تعدد البواعث وتتابعها، وان اولها هو الرغبة في وضع المحرر المزور موضع الاستعمال، ثم تليه بواعث اخرى كالرغبة في تحقيق فائدة او الاضرار بخصم او نحو ذلك من الرغبات التي لا تكاد تحصر. ولكن القانون يهتم بالرغبة الاولى دون الرغبات الاخرى.

والواقع ان لجريمة التزوير نية خاصة ولجريمة استعمال المحرر المزور وهي جريمة مستقلة- نية خاصة - وكل من النيتين ينطوي على معنى الباعث، غير ان

النية الاولى معتبرة قانونا، بخلاف الثانية.

وليس صحيحا اطلاق القول بان القصد الجنائي في التزوير يتحقق بعلم المتهم انه يغير الحقيقة بغض النظر عن البواعث التي دفعته الى ذلك. [١] لأن هذا القول اذا كان يصدق على بعض البواعث فانه لا يصدق عليها جميعا، كما ان القول بأن الباعث على التزوير قد يكون طيبا وقد يكون شريرا، الامر الذي يجعله بعيدا عن النية الخاصة، لأن الباعث الاساسي في جريمة التزوير حسب رأينا هو باعث محدد يقوم على الرغبة في استعمال المحرر بعد تزويره ، ولذلك نجد الذي ارتكب التزوير يتحرى الدقة والحرص على الباس المحرر الذي يزوره ثوب الحقيقة طمعا في ان يجد ذلك المحرر رواجا وأن يصادف قبولا ، اما ما عدا ذلك في البواعث الطيبة او الشريرة التي يطمع في النتائج البعيدة، كالحرص على اصلاح ذات البين [٢] او الرغبة في الاثراء غير المشروع او في استرداد حق مغتصب [٣] ونحو ذلك ، فان علاقتها بجريمة الاستعمال اظهر لأن فعاليتها الاكيدة تتضح وتكون علاقتها بجريمة التزوير واهية لا تكاد تذكر. [٤]

ثالثا: الاهمية القانونية للنية في جريمة استعمال المحرر المزور:-

يعدل القانون على النية في جريمة استعمال المحرر المزور ويظهر ذلك بوضوح من الملاحظات التالية:

١ - ان القانون يميز بين جريمة التزوير وجريمة استعمال المحرر المزور،

---

(١) انظر نقض ٢٦ ابريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٥٨٤ ص ٥٥. وفي نفس المعنى نقض ١٨ يناير سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ١٥ص ١٩٢ و ١٠ ابريل سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٣٣٣ ص ٤٥٥ ، ٣ نوفمبر ، ٢٥ يناير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٣٠٥ ص ١٠٠٨.

(٢) انظر نقض ١٥ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية رقم ٥٧.

(٣) انظر نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجلة المحاماة س ٣ عدد ٥ رقم ١٠٦ ص ١٦٠.

(٤) انظر الدكتور علي حسن عبدالله الشرفي الباعث واثره في المسئولية الجنائية، المرجع السابق ص ٣٩٢

ويجعل للاخيرة كيانها الذاتي وعناصرها الخاصة بها ومن ثم تكون لها بواعثها الدافعة اليه.

٢ - استقرت أحكام القضاء المصري على أن القصد الجنائي في جريمة التزوير ينحصر في أمرين ، الاول وهو عام والثاني خاص بجريمة التزوير وهو اقتران ذلك بنية استعمال المحرر المزور فيما زور من اجله بصرف النظر عما يمكن أن يظهر من البواعث الاخرى التي تدفع الى ارتكاب جريمة استعمال المحرر المزور (١)، ولا يقدح هذا ما ذهبت اليه محكمة النقض في بعض احكامها من ان". القصد الجنائي في التزوير يتحقق بعلم المتهم انه يغير الحقيقة بغض النظر عن البواعث التي دفعته الى ذلك.

٣ - ان جانب من الفقه يصف النية الخاصة التي هي قوام القصد في جريمة التزوير بانها باعث ، ويشير الى ان علة التخبط في شأن تلك النية يرجع الى عدم التزام المبادىء العامة في تحديد فكرة القصد الجنائي بوجه عام، وذلك ان هذا الاخير علم وارداة، فاذا طلب القانون فوق ذلك نية خاصة أي باعث من نوع معين فان القصد لا يتحقق الا به ولعل الخلط الذي وقع فيه جانب من الفقه وسارت عليه احكام النقض عند تحديد مدلول النية المشار اليها في جريمة التزوير حيث قيل بانها " نية الاضرار" انما يرجع الى الخلط بين مقومات ودوافع كل من جريمة التزوير وجريمة استعمال المحرر المزور، فنية الاضرار انما ينظر اليها في وقتها، وهو وقت استعمال المحرر المزور، فتكون هذه النية عاملا نفسيا يدفع الى وضع المحرر المزور موضع الاستعمال المضر.

---

(١) انظر نقض اول مايو سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية س ٣٤ رقم ١٤٦، ص ٢٣٠٦ ٩ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية، ج٤ رقم ٣٣٨ ص ٤٢٤ ، ١٣مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٥ رقم ٣٦٩ ص ٦٣١، ٣ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٣١٨ ص ٤٦٢ ، ١٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج٦ ٣١٨ ص ٤٣٠ ، ١٨ ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ٢٩٣ ص ٧٨٥ ، ٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٩٨ ص ٣٠٥، ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س٦ رقم ٤٠٦ ، ص ١٣٨٥ ، ٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض س١٢ ، رقم ١٩٦ ص ٩٥٠.

المطلب الثالث

جريمة البلاغ الكــاذب

أولا: مدلول جريمة البلاغ الكاذب:

بعد اذ قررت المادة ٣٠٤ عقوبات قاعدة انه " لا يحكم بهذا العقاب (عقــاب القذف) على من اخبر بالصدق وعدم سوء القصد الحكـام القضـائيين او الاداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله " جاء المشرع ونص فـي المـادة ٣٠٥ عقوبـات علـى انه" واما من اخبر بامر كاذب مع سـوء القصد فيستحق العقوبـة ولـو لـم يحصـل اشاعة غير الاخبار المذكورة ولم تقم الدعوى بما اخبر به".

ومن هذين النصين يمكن تعريف جريمة البلاغ الكاذب بانهـا " تعمـد اخبـار احدى السلطات العامة كذبا ما يتضمن اسناد فعل معاقب عليـه الـى شـخص معين بنية الاضرار به".

ويتبين لنا من هذين النصين ايضا أن المشرع قد احال فيما يتعلـق بالعقوبـة المقررة للبلاغ الكاذب على نفس تلك المقررة للقذف، الا ان بين الجريمتين وجـوه اختلاف جوهرية تضعف الصلة بينهما وهي:

١ – يتحقق القـذف سـواء أكـانت الوقـائع المسـندة الـى المجنـي عليـه كاذبـــة ام صحيحـة مـا دامـت توجـب احتقــاره عنـد اهـل وطنــه ولا يشــترط فيهـا بالضرورة ان تستوجب عقوبة ما، اما البلاغ الكاذب فلا يتحقق الا اذا كـان الوقائع مكذوبة وتستوجب عقوبة جنائية او تأديبية.

٢ – يتطلب القذف العلانية ولا يتطلبها البلاغ الكاذب.

٣ – لا يستوجب القذف اخبار السلطات، بينما يتطلب البلاغ الكاذب.

٤ – لا يتطلب القذف نية الاضرار اذا الضرر فيه عنصر مفترض، حين يتطلب البلاغ الكاذب بحسب السائد نية الاضرار بالمبلغ ضده.

ثانيا: سوء النية في جريمة البلاغ الكاذب:

البلاغ الكاذب جريمة عمدية يتطلب - بادىء ذي بدء توافر القصد الجنائي العام لدى المبلغ ، فاذا قام بالتبليغ وهو معتقدا او مرجح صحة ما ابلغ به فلا تتحقق الجريمة مهما شابه تبليغه من خطأ، ولذا نجد محكمة النقض المصرية تفرض اكثر من حكم لها ان الركن الاساسي في هذه الجريمة هو تعمد الكذب في التبليغ، وهذا يقتضي ان يكون المبلغ عالما علما يقينا لا يداخله أي شك في أن الواقعة التي ابلغ بها كاذبة وان المبلغ ضده برىء منها، كما انه يلزم لصحة الحكم بالادانة أن يثبت للمحكمة بطريقة الجزم هذا العلم اليقين. [١]

وقد أوجب القانون توافر قصد جنائي خاص في جريمة البلاغ الكاذب وعبر عنه بسوء القصد ، وقد حددت محكمة النقض هذا القصد الخاص بأنه نية الاضرار او قصد الاساءة بمن بُلغ في حقه فمتى اثبتت محكمة الموضوع ان المبلغ بالاضافة الى علمه بكذب الوقائع التي ابلغ عنه قد انتوى الكيد والاضرار بالمبلغ ضده كان ذلك كافيا لاستظهار القصد الخاص من الوقائع المطروحة عليها.

والقصد الخاص في جريمة البلاغ الكاذب مصدره تخصيص عنصر العلم بباعث من صنف معين يجب أن يقترن به، خلافا للقاعدة الاصلية التي لا تعتبر باعث الجريمة ركنا فيها - وهو باعث الاضرار بالمبلغ ضده ، لا نتيجة محددة ينبغي ان يهدف اليها الجاني، فنية الاضرار بالمبلغ ضده هي الباعث الوحيد الذي يعني به القانون في هذه الجريمة ، لذا قضى بأنه اذا دفع من بلغ كذبا بأنه لم يقصد من بلاغه الا تأييد حقوقه في دعوى مدنية مقامة بينه وبين المدعى عليه فلا يقبل منه ذلك، لأن الاغراض المشروعة لا يجوز تأييدها بمفتريات. [٢]

---

(١) انظر نقض ١٤ مايو فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ١٥٥ ص ٦٩١، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٢ رقم ٢٥ ص ١٢٥٥، ٢٧ مايو سنة ١٩٧٣ س ٢٤ ص٦٥٣ ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ١٧٧ ص ٨٢٧ ، ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٥ س ٢٦ رقم ٤٠ ص ١٧٩.

(٢) انظر الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والاحوال دار الفكر العربي سنة ١٩٧٨ ص ٢٧١.

ويرى الرأي السائد في فرنسا، أن مجرد العلم بكذب الوقائع المبلغ عنها كاف، فلا عبرة بعد ذلك بالبواعث المختلفة ومن بينها نية الأضرار بالمبلغ ضده. (١)

والواقع أن جريمة البلاغ الكاذب تقتضي العلم بالكذب وسوء القصد، ولو كان المراد بسوء القصد العلم بالكذب لكان ذكره من النوافل، فلا بد اذن أن يكون النص على سوء القصد دالا على معنى آخر غير مجرد العلم بكذب البلاغ ، هذا المعنى الآخر هو نية الاضرار ، فاذا كان البلاغ الكاذب في حق الغير يترتب عليه حتما اضرار به، على الاقل تبعا لما يقتضيه هذا البلاغ من اجراءات تحقيق لا تخلو من مساس بشعور المبلغ ضده وحريته، الا انه يجيش في صدر المبلغ الكاذب نيتان احداهما سيئة بهذا المعنى والاخرى خيرة ، وتكون العبرة بالنية الغالبة، فاذا كانت النية الراجحة هي النية الخيرة، تعين القول عندئذ بتخلف نية الاضرار، من هذا القبيل أن يبلغ والد كذبا بأن ابنه سيء السلوك ومارق سلطته وذلك ليصل الى ادخاله اصلاحية يتعلم بها حرفه، أو ان تبلغ زوجة تغيب عنها زوجها دون ان تعثر له عليه بجريمة وهمية ارتكبها هذا الزوج وذلك لتستعين بالبوليس في البحث عنه والعثور عليه. (٢)

ثالثا: ضرورة بيان سوء النية في الحكم والا كان مشوبا بالقصور:

وتقدير توافر القصد الجنائي في جريمة البلاغ الكاذب من اطلاقات محكمة الموضوع بشرط أن يكون وليد تدليل كاف واستدلال سائغ، ويجب على محكمة الموضوع في الحكم الصادر بالادانه في جريمة البلاغ الكاذب أن تدلل صراحة

---

(١) انظر جارو ج ٥ فقرة ٢٠٥١ ، وجارسون فقرة ١٧٤ ونبدانكان ج٣ فقرة ١١٧٤.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٩٩ ص ١٠٨٦.

على توافر القصد الجنائي بعنصرية العام والخاص.[1]

وبيان القصد الجنائي هو غالبا موطن القصور في أحكام الادانة فـي البـلاغ الكاذب بوجه خاص، لما يتطلبه القانون من توافر نية الاضرار بالمبلغ ضده فضلا عن العلم بكذب الوقائع المبلغ عنها.

ونبين فيما يلي صور من القصور في بيان سوء القصد ، وصور أخـرى ليس بها قصور في بيان سوء القصد ، وذلك على النحو التالي:

أ - صور من القصور في بيان سوء القصد :

١ - ان يقول حكم الادانه بأن الواقعة مكذوبة ، بل يلزم فوق ذلك بيان أن المبلغ قد بلغ من سوء القصد[1].

٢ - أن يذكر أن سوء القصد ثابت من الضغائن المعترف بها بيـن المتهم وبيـن المبلغ في حقه، بل يجب ان يبين ماهية تلك الضغائن ودلالتها علـى توافر سوء القصد لدى المبلغ. [2]

٣ - أن يغفل حكم الادانه الحديث عن علم المبلغ بكـذب الوقـائع التـي بلـغ عنهـا وعن قصده من التبليغ في حق المبلغ ضده .[3]

٤ - أن يبين الحكم ان المتهم كان يعلم بكذب البلاغ ، اذ ان ذلك ليس كافيـا فـي بيان انه كان ينوي السوء بالمبلغ في حقه والاضرار به. [4]

٥ - ان يقول الحكم أن سوء القصد ونية الاضرار متوافران لدى المتهم مـن

---

(١) نقض ٢٥ ابريل سنة ١٩٢١ مجموعة القواعد س ٢٣ عدد ٢٧، ١٠ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد س ٣٨ عدد ٥٣ ، ٦ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٣٥٥ ص ٧٨، ٨ يناير سنة ١٩٤٠ ج٥ رقم ٤٤ ص ٦٧.

(٢) نقض ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ القواعد القانونية ج٣ رقم ٤١٩ ص ٥٣٧.

(٣) نقض ٨ يناير سنة ١٩٤٠ رقم ١٧٢٥ س ٩.

(٤) نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ القواعد القانونية ج٦ رقم ٥٨١ ص ٧١٨.

اقدامه على التبليغ مع علمه بأن الوقائع التي بلغ عنها مكذوبه ومن شأنها لو صحت أن توجب معاقبته. (١)

٦ - أن يذكر الحكم ان المتهم قد أصر على اتهام المدعيه بالحق المدني كذبا مع سوء القصد بسرقته، فان هذا القول لا يدل في العقل والمنطق على أن الطاعن قصد من التبليغ الكيد للمدعيه بالحق المدني والاضرار بها. (٢)

٧ - ان يقول الحكم ان البلاغ كاذب وان الطاعنين يعلمان بكذب بلاغهما، كان هذا القول لا يكفي للتدليل على انهما كان ينتويان السوء بالمبلغ في حقه والاضرار به.(٣)

ب - صور من عدم القصور في بيان سوء القصد:

اعتبرت محكمة النقض ان الحكم تتضمن سوء القصد اذا جاء الحكم بما يلي:

١ - ان المتهم انما قصد الاساءة الى المجنى عليه بتلفيق التهمة ضده كي يناله عقابها.(٤)

٢ - ان توافر القصد الجنائي لدى المتهم ثابت من كيفية ارساله عدة عرائض في حق قاض، بأنه دس عليه اعترافا في محضر الجلسة واعان عليه خصومه، الى عدة جهات مع علمه بكذب ما فيها، فهذا استنتاج سائغ من الحكم.(٥)

٣ - ان سوء قصد المتهم وعلمه بكذب بلاغه ثابتان ثبوتا لا شك فيه من القضايا الجنائية القائمة بين العائلتين. (٦)

---

(١) نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٩ أحكام النقض س ١ رقم ٦٦ ص ١٩١.

(٢) نقض ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ أحكام النقض س ١٤ رقم ٣ ص ٢٠.

(٣) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٢ أحكام النقض س ٤٣ رقم ٢٨١ ص ١٢٥٥.

(٤) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٩ القواعد القانونية ج٥ رقم ٤٠ ص ٦٤.

(٥) نقض ٨ مايو سنة ١٩٤٤ القواعد القانونية ج٦ رقم ٣٥٠ ص ٤٧٣.

(٦) نقض اول ديسمبر سنة ١٩٥٣ احكام النقض س ٥ رقم ٤٧ ص ١٤١.

٤ - واذا أورد الحكم المطعون فيه ما يدل على كذب واقعة السرقة التي ضمنها الطاعن بلاغه ضد المجني عليها ، وانه حين أقدم على التبليغ كان على يقين من ذلك، وانه لم يقصد من تقديم البلاغ سوى السوء والاضرار بالمجني عليها توصلا الى ادانتها كان ذلك تدليلا سائغا على كذب البلاغ وعلى توافر القصد الجنائي.[١]

٥ - وكما هي القاعدة لا يعيب الحكم بما يستوجب نقضه عدم تحدثه صراحة عن توافر سوء القصد في جريمة البلاغ الكاذب ، اذا كانت الوقائع التي اثبتها تفيد ذلك.[٢]

رابعا: حق المتهم في الدفاع وواجب الحكم في الرد:

واذا دفع المتهم بالبلاغ الكاذب بدفاع جوهري وجب على المحكمة ان ترد عليه، والا كان افعال الرد قصورا يعيب الحكم بما يستوجب نقضه عملا بالقاعدة العامة في هذا الشأن ، أيا كان موضوع هذا الدفاع ، والاساس القانوني الذي انصب عليه، ولذا حكم بانه :

١ - اذا كان المتهم قد دفع امام المحكمة بأنه لم يذكر الواقعة التي ابلغ بها على انها شاهدها بنفسه بل انها منقولة اليه من اولاده الصغار (وكان البلاغ ان المبلغ ضده وهو ضابط في البوليس اعتدى عليه وعلى اولاده الصغار ويطلب حمايته منه) وطلب من المحكمة تحقيق ذلك باستدعاء اولاده وسؤالهم ، فادانته المحكمة دون ان تحقق هذا الدفاع، او ترد عليه مع انه من شأنه لو صح ان يؤثر في قيام الجريمة التي ادانته بها، فان حكمها يكون قاصرا بما يستوجب نقضه.[٣]

---

(١) نقض ٤ فبراير سنة ١٩٦٣ احكام النقض س ١٤ رقم ١٥ ص ٦٧.

(٢) نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٠٤.

(٣) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٠، احكام النصوص س١ رقم ١٢٧ ص ٣٧٨.

٢- اذا كان المحكوم عليه في البلاغ الكاذب قد أشـار فـي دفاعـه امـام المحكمـة الاستئنافية [١] الى المادة ٣٠٩ عقوبات بناء على ان القذف والاخبار قد وقعـا فـي عريضة الدعوى مما يشمله حكم المادة المذكورة (حكم الاعفاء من العقاب) فسكت الحكـم عن التعرض لذلك فهذا يكون قصورا يعيب الحكم بما يوجب نقضه. [٢]

---

(١) انظر الدكتور رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاحوال، المرجع السابق ص ٢٦٠.

(٢) نقض ١٧ اكتوبـر سنة ١٩٢٩ ج١ رقم ٢٩٥ ص ٣٥٠، نقض ١٨ اكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٢٣٩ ص ٣١٦.

المطلب الرابع

مبدأ حسن النية في جرائم الاموال

تقسيم :

نتناول مبدأ حسن النية في جرائم السرقة ، والنصب وخيانة الامانة وبعض الجرائم الملحقة بهذه الجرائم.

الفرع الاول

نية التملك في جريمة السرقة

اولا: نية التملك في القانون الوضعي:

أ - موضع نية التملك بين عناصر الجريمة:

السرقة جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي وقد بينت محكمة النقض المصرية المراد بالقصد الجنائي في السرقة فقالت بأنه ينحصر في قيام العلم عند الجاني وقت ارتكاب الجريمة أنه يختلس المنقول المملوك للغير رغم ارادة مالكه بنية ان يمتلكه هو لنفسه. (١)

فلا يكفي في جريمة السرقة القصد العام ، بل يلزم توافر قصد خاص وهو نية التملك ، ويلاحظ ان نص المادة ٣١١ من قانون العقوبات لم يتضمن اشارة صريحة لتطلب هذه النية ، الا انها قد وردت صراحة في القانون الفرنسي، الذي عبر عنها بنية الغش "Frauduleusement" وثار اختلاف بين الشراح في موقع نية التملك بين عناصر الجريمة، فذهب رأي الى انها عنصر في فعل الاختلاس ولا علاقة لها بالقصد الجنائي، بحجة أن مفهوم الاختلاس يفترض اتجاه ارادة الجاني الى الاستيلاء على الحيازة الكاملة (٢) أي الملكية، فاذا لم ينو الا مجرد الاطلاع او

(١) نقض ١٧ اكتوبر سنة ١٩٢٩ جرائم ٢٩٥ ص ٣٥٠، ١٨ اكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٢٣٩ ص ٣١٦.

(٢) انظر الدكتور علي عبدالله حسن الشرفي، الباعث وأثره في المسئولية الجنائية، المرجع السابق ص ٤٠٦.

الانتفاع او الارتهان فلا اختلاس وبالتالي لا قيام للركن المادي لجريمة السرقة[١] الا ان الرأي الراجح في الفقه [٢] وهو الاتجاه المستقر في القضاء [٣] ايضا يذهب الى أن موقع هذه النية انما هو الركن المعنوي الذي يتخذ صورة القصد الجنائي الخاص.

والواقع ان موقع نية التملك هو الركن المعنوي فهي ذات طبيعة معنوية، بينما الاختلاس فعل مادي يقوم على اخذ المال بدون رضاء صاحبه.

أما الحجة في اعتبار تلك النية قوام القصد الخاص ، هي انها تتصرف الى موضوع ليس من عناصر الركن المادي للسرقة ، والذي يتمثل في اخراج المال محل السرقة من حيازة المجني عليه وادخاله في حيازة الجاني بنية تملكه.

ولذلك يتعين ان يكون المتهم قدا اختلس الشيء بنية تملكه، فاذا كان سلب الشيء من اجل تمكين اليد العارضة او الحيازة المؤقتة فلا سرقة.

ونحن نؤيد الرأي الثاني الذي ينسب نية التملك الى القصد الخاص، وذلك لأن القصد العام يكفي بالعلم والارادة المنصرفين الى فعل الاخذ الواقع على مال الغير، والى نتيجته وهي انتقال ذلك المال من حيازة حائزها الشرعي ودخوله في

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص ،المرجع السابق رقم ٥١٦ ص ٧٥٠ ، الدكتور عمر السعيدان رمضان، قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق رقم ٣٥٤ ص ٤١٤.

(٢) انظر الدكتور محمد مصطفى القللي ، في المسئولية الجنائية، المرجع السابق ص ١٦٦ ص ٤١٨. الدكتور محمود محمود مصطفى ، القسم الخاص المرجع السابق رقم ٤١٢ ص ٤٨١. الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق رقم ١٠٣ ص ٦٠١ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوي، القسم الخاص والمرجع السابق ص ٣٨٩. الدكتور مأمون سلامه القسم الخاص، المرجع السابق ج٢ ص ١٦٨.

(٣) نقض ٣ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ٢٨، ص ١٢٩، ٣ نوفمبر سنة ١٩٧٥ س ٢٦ رقم ١٧٣ ص ٧٨٦، ٨ مايو سنة ١٩٧٧ س ٢٨ رقم ١١٦ ص ٥٤٨ ، ١٧ ديسمبر سنة ١٩٨٠ س ٣١ رقم ١٩٤ ص ١٠٠٢، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٠ س ٣١ رقم ١٩٨ ص ١٠٢٥، ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٨١ س ٣٢ رقم ١٣٤ ص ٧٧٧ ، ٣٢ ديسمبر س ٣٢ رقم ٢٠٩ ص ١١٧٤.

حيازة الغير سواء كان الجاني او غيره.[1] فاذا اشترط القانون نية خاصة تضاف الى ذلك ، واعتبرها علامة على قيام جريمة السرقة، فانه انما اراد أن يميز جريمة السرقة عن غيرها من صور الاستيلاء على المال بصورة غير مشروعة، أي انه اراد اتخاذ نية التملك قيدا تخرج به كافة الحالات التي تقترن بنية أخرى، وترتيبا على ذلك لا يعد سارقا من يختلس صورة في غيبة صاحبها ليطلع عليها ويردها في الحال، ولا من يستولي على ادوات طباعة بقصد الاستعانة بها على طبع منشورات ، ثم ردها ، لانه استيلاء بقصد استعمال مؤقت [2] ايضا نية التملك في اختلاس سيارة بقصد استعمالها في نزهة ثم ردها، وان كان الفعل يعد سرقة بالنسبة لمواد الوقود التي استهلكها الجاني والتي كانت في السيارة. [3]

ويتعين على المحكمة اذا كانت نية التملك محل شك في الواقعة المعروضة ان تبينها صراحة وتورد الدليل على توفرها والا كان حكمها معيبا بالقصور في البيان الموجب لنقضه.[4]

ب - مدى اعتبار نية التملك سوء نية:

من المقرر أنه اذا توافر القصد الجنائي قامت الجريمة بصرف النظر عن الباعث عليها أو الغاية منها، ويستوي ان يكون الدافع الى السرقة هو الجوع او الحاجة الشديدة الى المال او الطمع او الانتقام او الحرص على استعادة ديـــن او

---

(١) انظر الدكتور مأمون سلامه، قانون العقوبات القسم الخاص ج٢ ص ١٦٧ المرجع السابق.

(٢) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق رقم ٤١٢ ص ٤٧٦، الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاحوال المرجع السابق ص ٣٥.

(٣) حكم محكمة Nantis في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ س ١٩٣٠-٣-٨٤.

(٤) نقض اول يونيه ١٩٦٤ احكام النقض س ١٤ ص ٤٦٠.

استرداد مال استولى عليه الغير بطريقة يعتقد الجاني عدم شرعيتها والواقع أن ميع هذه البواعث المشار اليها هي بواعث بعيدة عن جوهر السرقة لا علاقة لها بها، لا نتحدث عن تلك البواعث التي لا نشك في عدم علاقتها بقيام جريمة السرقة، وانما نتحدث عن نية التملك.

ونية التملك ليست الا صورة للباعث، غير انها صورة خاصة له. فهي النية السيئة وذلك للاعتبارين التاليين:

الاعتبار الاول: ان التملك في ذاته قد يكون غاية يسعى اليها الانسان لذاتها، وبروز الرغبة القوية في تحصيلها هو الباعث الذي يدفع الى السعي اليها، فاذا اقدم الشخص على فعل الاختلاس تحدوه رغبة محددة هي توفير المال بين يديه ليشبع حاجة في نفسه فهو سارق، ويكون توفيره -أي امتلاكه - هو غايته، والرغبة فيه، أي نية ذلك التملك هي سوء النية وليس لنية التملك من مدلول غير ذلك.

الاعتبار الثاني: ان الجاني حين يختلس شيئا دون أن يكون منتويا ارجاعه الى حائزه بوصف بأنه كان منتويا ذلك الشيء أي الظهور عليه بمظهر المالك - ولا يوصف بأنه كان منتويا التصدق به او الانتقام من مالكه او نحو ذلك - مع أن صدق احد هذه الاوصاف الاخيرة او غيرها امر ممكن ، بل ومؤكدا احيانا - وعلة ذلك أن نية التملك هي أهم هذه النيات ، وهي الاساس لكل ذلك ، والاصل الذي تتفرع عنه تلك النيات الاخرى، فالذي يتصدق عن طريق السرقة لا بد له ان يسعى اولا الى تملك الشيء، أي حيازته حيازة كاملة ثم التصدق به، والذي ينتقم عن طريق السرقة، يفعل مثل ذلك، وهكذا ، ومعلوم ان الجاني يرغب في توفير تلك الحيازة اولا باعتبارها لازمة لاتمام سعيه، فتكون هذه الرغبة هي الباعث على السرقة، وهي المقصودة بنية التملك. [١]

---

(١) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

ثانيا: نية التملك في الفقه الاسلامي:

لم يتناول فقهاء الشريعة الاسلامية نية التملك صراحة ولم يشترطوا في جريمة السرقة هذه النية ضمن شروطها ، فقد جاء تعريفهم لهذه الجريمة بأنها " اخذ المال على وجه الخفيه والاستتكار"، ولكن القواعد العامة في الشريعة ، والاشارات القليلة التي أوردها الفقهاء في بعض مؤلفاتهم الفقهية ، كل ذلك يدفعنا الى تلمس هذا الشرط لبيان مدى تاثيره على قيام جريمة السرقة :

أ - ما تقضي به القواعد العامة في الشريعه الاسلامية:

لا شك في ان النية لها دور في تقدير ماهية العمل وقيمته من الناحية الشرعية، عملا بقاعدة " انما الاعمال بالنيات" وتطبيق هذه القاعدة على فعل السرقة يفيد عدم الاقتناع بانصراف ارادة الشخص الى فعل الاخذ مع العلم بمنعه وكون المال ملكا للغير، وذلك نظرا لأن القول باعتبار الاخذ بصورة عمدية باستخفاء لمال محرز سرقة في جميع الاحوال يؤدي الى نتائج غير سليمة لا تتفق والقاعدة السابقة، فمطلق الاخذ بالصورة السابقة - قد يكون لمجرد المزاح والمداعبة او لاختبار درجة صلاحية الحرز بدافع الفضول، او لمجرد الانتفاع المؤقت دون انصراف النية الى السلب التام للملكية، ففي الحالات السابقة يصدق على الفاعل وصف السارق من الناحية اللغوية ولكن لا يصح اعتباره سارقا من الناحية الشرعية لأنه لم يقصد السرقة بمدلولها الشرعي، أي الموجب للحد ، ولكن يجوز تعزيزه على أساس ما ارتكبه يشكل معصية. (٣)

---

(١) انظر المغني لابن قدامه، مكتبة الكيان الازهرية، القاهرة ج٨ ص ٢٤٠.
(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي سنة ١٩٧٨ ج٦ ص ٣٠٦.
(٣) انظر عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الاسلامي ، الجزء الثاني ص ٣٢٠.
(٤) انظر الدكتور علي حسن عبدالله ، الباعث وأثره على المسئولية الجنائية، المرجع السابق ص ٤١٣

ب - اتجاه الفقه الاسلامي:

قد أشار بعض فقهاء المذاهب في حالات متفرقة - الى نية التملك بحيث تدل اشاراتهم تلك على أهمية هذه النية لقيام جريمة السرقة. فقد ذكر الكاساني- من الحنفية - انه اذا سرق شخص آلات الملاهي او الشطرنج ، وان كانت فضة أو ذهبا لا قطع فيه، لانه يحتمل انصراف نية الاخذ الى الكسر دون التملك .

ويعني هذا انه لو ثبت انصراف نيته الى تملكها فلا مبرر لدفع الحد عنه، وفي موضع ذكر النووي ان الدائن الذي يأخذ مال مدينه فقال [١]: ان اخذه لا يقصد استيفاء حق فهو سارق ويجب عليه الحد، اما ان قصد بالاخذ استيفاء حقه من مدين او مماطل، فلا قطع عليه سواء اخذ من جنس حقه او من غيره. [٢] ويرى جانب من الفقه الوضعي أن القصد الجنائي في جريمة السرقة في الفقه الاسلامي هو قصد خاص قوامه نية التملك ، فمن اخذ شيئا لمجرد استعماله ، ورده أو اخذه مازحا او اخذه ليعدمه في الحال لا يكون سارقا. [٣]

والخلاصة ان الشريعة الاسلامية تتطلب توافر نية التملك لقيام جريمة السرقة الموجبه للحد، فكانت سباقة في ذلك عن التشريع والفقه الوضعيين.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للامام علاء الدين بن مسعود الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت ج٧ ص ٧٢.

(٢) نهاية المحتاج للعلامة شمس الدين بن أبي العباس الرملي ، مكتبة مصطفى الحلبي، مصر سنة ١٩٦٧ ج٧ ص ٤٤٢.

(٣) انظر الدكتور محمد محي الدين عوض،القانون الجنائي ، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في الشريعه الاسلامية، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٨١ ص ٣٥٣، الدكتور حامد محمود اسماعيل، الجنايات وعقوباتها في التشريع الاسلامي، الطبعة الاولى، مطبعة السنه المحمدية ١٩٧٨ ص ٢٣٩، الدكتور عبد الخالق النواوي، جرائم السرقة في الشريعة الاسلامية، القانون الوضعي المكتبة العصرية بيروت ص ٥١.

الفرع الثاني

نية الغش في جريمة اختلاس الاشياء المحجوز عليها

أولا: علة التجريم:

تنص المادة ٣٢٣ من قانون العقوبات على أن " اختلاس الاشياء المحجوز عليها قضائيا أو اداريا يعتبر في حكم السرقة ولو كان حاصلا من مالكها، ولا تسري في هذه الحالة المادة ٣١٢ من هذا القانون المتعلقة بالاعفاء من العقوبة".

وعلة تجريم اختلاس الاشياء المحجوز عليها هي حماية حقوق الدائنين الحاجزين، فضلا عن أن هذه الجريمة تعد من ناحية اخرى اعتداء على أوامر السلطات الآمرة بالحجز ، والعقاب عليها يعد ضمانا لاحترام الامر او القرار الصادر من السلطة العامة بتوقيع الحجز، يضاف الى ذلك عدم كفاية النص الخاص بالسرقة، فاذا كان المتهم مالك الشيء فاركان السرقة لا تتحقق، واذا كان المتهم غير مالك الشيء فقد لا تتوافر السرقة كما لو انتفت نية التملك لديه او ارتكب الفعل برضا المالك.

ثانيا: التمييز بين جريمة اختلاس الاشياء المحجوز عليها والجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٤٢ عقوبات.

تناول الشارع جريمة أخرى والحقها بجريمة خيانة الامانة، ونص عليها في المادة ٣٤٢ عقوبات على انه " يحكم بالعقوبات السابقة على المالك المعين حارسا على أشيائه المحجوز عليها قضائيا أو اداريا اذا اختلس شيئا منها".

ويتبين من هذا النص أن هذه الجريمة تتفق مع الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٢٣ عقوبات والتي نحن بصددها في أن موضوعهما وهو الاشياء المحجوز عليها، والركن المادي فيهما واحد ايضا وهو الاختلاس ، والذي يتمثل في كل فعل يعرقل التنفيذ، والركن المعنوي في هاتين الجريمتين كذلك يقوم على

ذات العناصر ، الا ان جريمة اختلاس الاشياء المحجوز عليها والمنصوص عليها في المادة ٣٢٣ تفترض أن المالك المتهم بارتكاب الجريمة ليس حارسا على هذه الاشياء، بل مختلسا لها من حارسها، اما الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٤٢ فتفترض ان المتهم حارس الاشياء المحجوز عليها وقد استغل وجودها في حيازته واختلسها. وجريمة اختلاس الاشياء المحجوز عليها لا تخرج عن كونها سرقة متى كان الشيء المختلس مملوكا لغير مختلسه. اما اذا كان المختلس هو المالك فان السرقة تفقد أحد اركانها. [١]

ثالثا: نية الغش في الجريمة:

جريمة اختلاس الاشياء المحجوز عليها جريمة عمدية، ويتخذ الركن المعنوي بها صورة القصد الجنائي العام، والقصد الخاص. وفيما يتعلق بالقصد العام، يتعين أن يعلم الجاني بتوقيع الحجز على المال، وان للدائن حق عليه ، ولا يجوز له أن يأتي بأي تصرف يمس هذا الحق. ولذلك فاذا تصرف المالك في مال له وقع الحجز عليه اثناء غيبته خارج البلاد ، دون علم منه عند عودته من الخارج لا بأنه هذا المال محجوز عليه ولا باليوم المحدد لبيعه، فانه لا يتحقق من الجريمة سوى ركنها المادي بدون الركن المعنوي ويثبت علم المحجوز عليه بوجود الحجز وباليوم المحدد لبيع المال المحجوز بكافة طرق الاثبات دون اشتراط سبق اعلانه بالحجز اعلانا رسميا [٢]، وقضى بأنه لا يكفي في اثبات العلم بيوم البيع استناد الحكم الى اعلان المتهم به في مواجهة تابع له دون التدليل على ثبوت علم المتهم به عن طريق اليقين.

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص المرجع السابق ص ٢١٢.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، جرائم القسم الخاص المرجع السابق ص ١١٧٩، نقض ٢٧ يونيه سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ١٢٣ ص ٥٠٧.

ويجب ان يكون هذا العلم يقنياً ولا يحل محلـه استطاعة العلـم ووجوبـه [١] فاذا ثبت انه غير عالم بالحجز انتفى القصد الجنائي لديه ، ولا يكفي لتوافر القصـد العام العلم بل يتعين أن تتجه ارادة المتهم الى الفعل الذي قام به الاختلاس.

أما فيما يتعلق بالقصد الخاص، فانه يقوم علـى نيـة الغش، ويعنـي ذلـك أن يقصد الجاني بفعله منع التنفيذ او عرقلته وذلك بالحيلولة دون بيع المال المحجـوز عليه في اليوم المحدد لبيعه ، بصرف النظر عن نية التملـك ، فمـن يختلـس أشـياء محجوز عليها ليخفيها حتى لا تقدم للبيع خدمة للمدين او انتقاما من الدائن الحـاجز يرتكب الجريمة لو ان نية التملك منتفية لديه.

وتفترض نية الغش علم الجاني بالحجز وباليوم المحدد للبيع ، اما اذا انتفت هذه النية ، فكان المتهم يستهدف بفعله استعمال الشيء ثم رده او كـان يبتغـي نقلـه الى مكان آخر للمحافظة عليه من خطر يتهدده وقد احتاط لذلك بأن اخبر الحـارس عن مكانه، فان القصد لا يتوافر لديه.

وحكم بانه اذا توجه المحضر للتنفيذ فلم يجد المحجوزات في محل الحجـز ، فلا تقوم الجريمة، اذ لا يمكن اسناد نية عرقلة التنفيذ اليـه فـي ذلـك اليوم وهـو لا يدري انه حدد للبيع. [٢]

وقضى بأنه اذا كان المتهم باختلاس أشياء محجوزة قد دفع التهمة عن نفسه بأن المحضر لم يعلنه بـاليوم المحدد للبيـع وكـانت المحكمـة قد اكتفت فـي قولها بثبوت علمه بيوم البيع بما قاله المحضر في محضر التبديد من ان اجراءات البيـع قد استوفيت قانونيا ولم تحقق ثبوت هذا العلم بالرجوع الى اوراق الحجز او بغيـر

(١) نقض ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونيةج٥ رقم ٣١٢ ص ٥٩، نقـض ٢٠ مـايو سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ١١٦ ص ٥٨٥.

(٢) نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ١٠٠ ص ٤٥٧.

ذلك من طرق التحقيق فان حكمها يكون قاصرا اذ يشترط للعقاب على جريمة اختلاس المحجوزات ان يكون المتهم عالما علما حقيقيا باليوم المحدد للبيع ثم يتعمد عدم تقديمه المحجوزات في ذلك اليوم. [١]

---

(١) نقض ١٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة القواعد س ٩ رقم ٨٢ ص ٢٩٦.

الفرع الثالث

نية التملك في جريمتي النصب وخيانة الأمانة

أولا: نية التملك في جريمة النصب:

جريمة النصب جريمة عمدية فلا بد من توافر قصد جنائي، وقد عبرت المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات عن ذلك بقولها ".. وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها" .

ويتبين من هذا أن القصد الجنائي في النصب يلزم ان يكون الجاني عالما بالاحتيال، وان يقصد به الاستيلاء على مال الغير فاذا لم تكن نية الجاني منصرفة الى تملك الشيء الذي استولى عليه، فلا يتوافر قبله القصد الجنائي ولو انه استولى عليه بطريق الاحتيال، وعلى ذلك اذا استولى على ذلك الشيء بقصد المزاح فلا جريمة، كذلك اذا استولى عليه بقصد الاطلاع عليه او الانتفاع به، ورده بعد ذلك فلا جريمة أيضا وفي هذا الصدد يرى جمهور الفقهاء أن ارادة احداث النتيجة بالمعنى المذكور يعتبر قصدا في جريمة النصب يسمى بنية تملك الشيء الذي استولى عليه.[1]

ونحن نؤيد هذا الرأي ، فان نية تملك الشيء الذي استولى عليه الجاني ليست الا ارادة أحداث النتيجة في النصب. ولهذا يمكن القول ان القصد الذي يتطلبه القانون في جريمة النصب قصد خاص [2]، فلا يكفي مجرد علم الجاني بان الادعاءات التي يدعيها كاذبة بل يجب ان تتصرف نيته الى الاستيلاء على جزء من ثروة الغير .

---

(١) انظر الدكتور محمود مصطفى القللي قانون العقوبات ، القسم العام المرجع السابق ص ٢٣٧، الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق ص ٥٢٨ ، الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، المرجع السابق ص ٤٤١، الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٩٢٦ ، الدكتور عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاحوال، طبعة ١٩٦٦ ، ص ٤٨٠.

(٢) نقض اول مارس سنة ١٩٤٣ ، المحاماة س ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٧.

ثانيا: نية التملك في جريمة خيانة الأمانة:

خيانة الامانه جريمة عمدية فلا بد فيها من قصد جنائي، وثار خلاف في الفقه حول تحديد طبيعة القصد الجنائي المتطلب ، فهل يكتفي بالقصد العام فقط، ام ان القصد الجنائي في هذه الجريمة يستلزم فضلا عن القصد العام فيه التملك (القصد الخاص). ولا يتحقق القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانه من مجرد تصرف المتهم في الشيء المسلم اليه او خلطه بماله وانما يتطلب فوق ذلك ثبوت نية تملكه اياه وحرمان صاحبه منه. [1] ولا يكفي لاعتبار المتهم خائنا للامانه مجرد امتناعه عن رد المنقولات التي تسلمها لاصلاحها مع وجود نزاع على مقدار الاجر وعدم الوفاء [2] او الى وجوب تصفية الحساب بينه وبين المجني عليه. [3]

وذهب بعض الفقهاء الى اشتراط قصد خاص في جريمة خيانة الامانة الى جانب القصد العام، يتمثل في نية تملك المال المملوك للغير والاضرار به، فيجب أن يثبت ان الجاني كانت لديه وقت تغيير الحيازة نية الاضرار بالمجني عليه [4] فاذا قام بتغييرها مؤملا استطاعته رد الاشياء التي استهلكها المجني عليه لم يتوافر القصد الجنائي.

وذهب اتجاه آخر في الفقه الى القول بعدم اشتراط قصد خاص في جريمة خيانة الامانه. اذ لا يتطلب ان نتصرف ارادة الجاني الى احداث الضرر بل يكفي ان يكون الضرر بطبيعته محتملا ولو لم يقصده ولو يتوقعه، فقصد الاضرار غير لازم. [5] واتجاه اخير يذهب الى نية التملك او الاضرار بالمجني عليه وان كانت

---

(١) نقض ٣ يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض س ١٩ ص ٦٢٣.

(٢) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ١٢٥٣.

(٣) نقض ٣ ابريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ق ٩٢ ص ٣٥٠.

(٤) Chaveau et Helie, T.V. No. 2296.

(٥) Garcon, No. 408, No. 20 et 21.

لازمة في جريمة خيانة الامانة الا ان ذلك باعتبارها العنصر النفسي في السلوك، أي انها تتصل بالركن المعنوي للجريمة ولا يتوفر فيها القصد الخاص. (١)

ونحن نميل الى الرأي الذي أخذ به الفقيه "GARCON" وهو أن القصد الجنائي في خيانة الامانة يجب ان يفسر على ضوء التعريف العام للقصد الجنائي والقصد الجنائي بصفة عامة يعتبر قائما اذا تعمد الجاني اتيان الفعل الذي حرمه القانون مع علمه بتوافر كل الاركان التي يتطلبها لقيام الجريمة، وقضى بأن القصد الجنائي في جريمة التبديد لا يتحقق بمجرد قعود الجاني عن رد الشيء موضوع الامانه، وانما يتطلب فوق ذلك ثبوت نية تملكه وحرمان صاحبه منه. (٢)

وحكم بأن القصد الجنائي في خيانة الامانة لا يتحقق الا بانصراف نية المتهم الى اضافة المال الذي تسلمه الى ملكه واختلاسه لنفسه. (٣)

---

(١) انظر الدكتور مأمون سلامه، قانون العقوبات ، القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق ص ٢٩٠، الدكتورة آمال عبد الرحمن عثمان، قانون العقوبات القسم الخاص فقرة ٥١٦ ص ٦٧.

(٢) نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٣٩ ص ١٧٦.

(٣) نقض ٢٥ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ١١١ ص ٥٢٦.

الفرع الرابع
سوء النية في جريمة الشيك بدون رصيد

أولا: علة التجريم:

يعتبر الشيك من أهم الأوراق التجارية التي تتداولها الأيدي في التعامل، ويكاد يكون بمثابة النقود ، يقوم بوظيفتها في الاخذ والعطاء بين الناس، وهي كالنقود أداة وفاء لا أداة ضمان كالكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية.

وأمام الوظيفة الهامة التي يؤديها الشيك في نطاق التعامل بوصفه أداة وفاء كان من الطبيعي أن يحيطه المشرع بضمانات كافية تكفل المحافظة على ثقة الناس في التعامل به واحلاله محل النقود ، وخاصة ان ازدياد النشاط في التعامل وتقدم الوعي المصرفي في الدولة، سوف يؤدي الى زيادة التعامل بالشيكات، ومن هنا تولدت مصلحة اجتماعية، اقتضت تجريم العبث بالشيكات وعدم الاكتفاء بالجزاءات المدنية المترتبة على ذلك لعدم فاعليتها وكفايتها.

وقد عنى المشرع الفرنسي بالتدليس في اعطاء الشيكات خاصة على أثر ما رآه من كثرة حوادث اعطاء شيكات بدون رصيد وقصور قواعد جريمة النصب في المعاقبة على تلك الحوادث ، فقد جرى قضاء المحاكم هناك على أن اعطاء شيك بدون رصيد والتوصل بذلك الى الحصول على مال الغير لا يمكن أن يعتبر من قبيل الطرق الاحتيالية، فما تحرير الشيك الا كذب مسطور وما دام لم يعزز بشيء خارجي فما هو الا كذب عار لا يكفي لتكوين وسيلة نصب. (١)

ثانيا: مفهوم سوء النية في الشيك بدون رصيد:

اعطاء شيك بدون رصيد جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي (٢)،

---

(١) نقض ٨ يونيه سنة ١٩١٢ دالوز سنة ١٩١٣ ص ١٥٤.

(٢) نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٣٧ ص ١٤٢.

والمادة ٣٣٧ من قانون العقوبات صريحة في ذلك ، فنصت على انه " ... كل من اعطى بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد..." ومن ثم لا محل للقول بقيامها اذا كان الساحب يعتقد خطأ وقت اعطاء الشيك أن الرصيد قائم لم يتم سحبه بعد او انه كاف للوفاء بقيمة الشيك، او انه قابل للسحب ، ما دام اعتقاده كان مبنيا على اسباب جدية مقبولة.

والسؤال المطروح : ما نوع القصد الجنائي المتطلب في جريمة اعطاء شيك بدون رصيد هل هو قصد خاص أم يكتفي بالقصد العام [١] ان علة هذا التساؤل هو ان القانون المصري والفرنسي قد عبرا عن القصد الجنائي في هذه الجريمة بعبارة " سوء النية"Mauvaise Foi ،قد ورد في مناقشات البرلمان للمادة ٣٣٧ عقوبات عن معنى سوء النية تضمنت ما يلي: " أنه من الجائز أن يحرر شخص شيكا وهو يعلم أنه ليس له رصيد في البنك ، ولكنه ينتظر أن يكون له رصيد في موعد الدفع يفي بصرف قيمة الشيك، فليس في هذا جريمة وان كان فيه اهمال ظاهر". [٢]

ونبين فيما يلي مفهوم سوء النية في جريمة اصدار شيك بدون رصيد في كل من القضاء الفرنسي والمصري.

هـ - القضاء الفرنسي:

كان القضاء الفرنسي يعطي لعبارة (سوء النية) تعريفا موضوعيا خاليا من أي

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق، ص ٢٢٠، الدكتور احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق ص ٩٥٠.

(٢) انظر الدكتور محمد مصطفى القللى ، شرح قانون العقوبات في جرائم الاموال ، الطبعة الاولى سنة ١٩٣٩ ص ٢٦٦ حيث أشار الى مطبعة مجلس النواب جلسة ٢٦ يوليه سنة ١٩٣٧.

مضمون نفسي جديد اكتفاء بمجرد القصد العام، واستقر هذا القضاء على أن الجريمة تقع متى كان الساحب يعلم وقت اعطاء الشيك انه لم يودع من قبل رصيدا كافيا وقابلا للسحب أو كان يجب عليه أن يعلم بذلك، (١) واكثر من ذلك قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن صاحب الشيك لا يتوافر لديه حسن النية اذا لم يتحقق من وجود الرصيد الكافي القابل للسحب قبل الاعطاء ، فنجد هنا أن القضاء الفرنسي لم يقف عند حد مجرد العلم ، بعدم وجود الرصيد بل اكتفى بعدم اتخاذ الحيطة نحو التحقق من وجود الرصيد الكافي او عدم التأكد من قابلية الرصيد للصرف قبل سحب الشيك. (٢)

ومن تحليل احكام محكمة النقض الفرنسية يتضح انها قد أقامت من عدم وجود الرصيد او عدم قابليته للسحب قرينة على ان الساحب كان يعلم بذلك، وبالتالي توافر لديه سوء النية . وقد ذهب البعض من الفقه الفرنسي الى تحليل هذا القضاء والقول بأن سوء النية أصبح لا يختلف معناه من عدم الحيطة والاهمال (٣) وهي نتيجة خطيرة بلا شك منشأنها أن تجعل هذه الجريمة معاقبا عليها بوصف الاهمال أو العمد سواء بسواء . بينما ذهب رأي آخر في الفقه الى أن القضـــــاء

---

(١) Crimigjuin Bull. No. 191, Ier aout 1929, Bull. No. 224. 27 Avril 1934, G az pal. 1934, 2, 63, 15 Juin 1934, Gaz, Pal. 1934. 2. 1156, 3 Fevr. 1938, Gaz 1938. I. 498 ; 30 dec. 1952 Bull. Pal No.. 333

(٢) قالت محكمة النقض الفرنسية:

S'en etait remis a' limitiative de sa banque pour approvisionner son compte de cheques Postaux et en s'etait pas assure' avaint, l'emission d'um titr que la banque avait Procede aux operations necessaries pour qu'il gut etre paye lors de sa presentation. Crim. 6 Nov. 1962, Bull, No. 302.

وانظر ايضا مشار اليه عند استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، القسم الخاص ص ٩٥١

Crim, 3 fevre, 1938, Ga2 pal. 1938 I 498, Crim 130 avril 1959, Bull, No. 147

(٣) Costa : les infractions invalomatiares du point de vue de la responsabilite pen'ale en france Rv. Sc. Crim 1963. P. 735.

الفرنسي قد اعتمد في هذه الاحكام على فكرة القصد الاحتمالي [١] والتي تشترك مع فكرة الخطأ غير العمدي مع التوقع في عنصر توقع الجاني النتيجة ، الا انها تختلف عنه في انه لقيام القصد الاحتمالي ، فان الجاني وان لم يكن غير متأكد من حصول النتيجة الا انه يقبل حدوثها.

وقد عدل المشرع الفرنسي قانون الشيك عام ١٩٧٢، فحذف عبارة (سوء النية) واستعاض عنها بعبارة اخرى هي (قصد الاضرار بحقوق الغير)، واتجه الفقه الى تفسير هذه العبارة بانها تنصرف الى قصد الاضرار بحق ملكية الغير، أي حقوق المستفيد. [٢]

ب - القضاء المصري:

كان القضاء المصري يستلزم في جريمة اصدار الشيك بدون رصيد توافر قصد خاص هو " قصد الاضرار او الاثراء على حساب الغير". [٣]

الا أنه يمكن القول بأن القضاء المصري استقر بشكل واضح على القول بأن كل ما يتطلبه القانون من ركن معنوي في هذه الجريمة هو توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني، وهو ما يقتضي اصدار الشيك حاله كونه يعلم وقت اصداره بأنه ليس له رصيد قائم وقابل للسحب. [٤]

---

(١) Herzog : Reflexions sur la legislations penal du cheque Melanges Patin. P. 300

(٢) Michel Caprillac, le droit penal du cheque Libraire de la cour decassation 1976. P 39.

(٣) نقض مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء المختلط ٥٨ ص ٨٥.

(٤) انظر نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٤٠ القواعد القانونية ج٥ رقم ٦٣ ص ١٠١٠، اول يونيه سنة ١٩٤٨ ج٧ رقم ٦٤٤ ص ٥٧٩ ، ١٥ يناير ١٩٥١ س٢ رقم ١٨٩ ص ٥٠١ ، ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٥١ س ٤ رقم ٤٤ ص ١١١، ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ رقم ٩٩ ص٢٦٢، ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٥٢ س ٤ رقم ٢٣ ص ٥٢، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٦ س ٧ رقم ٣٢٠ ص ١١٥٧، ٢٢ مايو سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ٥٨٦ ، ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ س ١٢ رقم ٢٠٤ ص ٨٤٦.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية على هذه المعاني بقولها ان هذه الجريمة تتحقق متى اصدر الساحب الشيك وهو عالم وقت تحريره بانه ليس له مقابل وفاء قابل للسحب ، او ان سوء النية يتوافر بمجرد علم الساحب بعدم وجود مقابل وفاء الشيك في تاريخ السحب، ومن ثم فلا يجدي الطاعن ما دفع به من انه أوفى بقيمة السندات التي اصدر الشيك ضمانا لها، وان وفاءه بها قد تم قبل تقديم الشيك الى البنك المسحوب عليه لصرف قيمته ما دام أن بفرض صحة هذا الدفاع لم يسترد الشيك من المجني عليه [1] كما قالت أيضا محكمة النقض أن مجرد اصدار الامر بعدم الدفع يتوافر به القصد الجنائي بمعناه العام في جريمة اعطاء شيك لا يقابله رصيد والذي يكفي فيه علم من اصدره بأنه انما يعطل دفع الشيك الذي سحبه من قبل، ولا عبرة بعد ذلك بالاسباب التي دفعته الى اصداره ، لانها من قبيل البواعث التي لا تأثير لها من قيام المسئولية الجنائية.[2]

كما ذهبت محكمة النقض الى أن عبارة " سوء النية " الواردة في المادة ٣٣٧ لا تفيد شيئا اخر غير استلزام القصد الجنائي العام دون ان تشير الى قصد خاص من أي نوع كان. [3]

ونحن نؤيد ما ذهب اليه قضاء محكمة النقض، فنية الاضرار التي اشارت اليها الحكم المختلط لا محل لاستلزامها .

---

(١) نقض ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٠٠٥، ٥ مارس سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٦٤ ص ٢٧٤.

(٢) نقض ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٢٠٩ ص ١١١٥، ١٧ ابريل سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ١٠٣ ص ٥٣٤.

(٣) نقض ١٣ اكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ ، انظر الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال المرجع السابق ص ٥٣٣، الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القسم الخاص فقرة ١٨٦ ص ٤٨٧، نقض ١٢ فراير سنة ١٩٥٥ أحكام النقض س ٦ رقم ٤٢٦ ص ١٤٤٢.

ثالثا: اثبات سوء النية في جريمة اصدار الشيك بدون رصيد الاصل:

الاصل ان تلتزم سلطة الاتهام باثبات توافر القصد الجنائي لدى المتهم، ولكن هذا الاصل يرد عليه تحفظ ، فاصدار المتهم شيكا لا يقابل رصيد ينطوي على علم بعدم وجود الرصيد ، اذ الوضع الطبيعي أن يعلم كل شخص بما اذا كان له رصيد ومقدار هذا الرصيد ، او بعبارة أخرى ان عدم وجود رصيد كاف قابل للسحب يعد قرينه على سوء النية، ولذلك استقر قضاء محكمة النقض على افتراض علم الساحب بعدم وجود الرصيد " من مجرد اعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب "(١) واسندت هذا الافتراض الى " التزام الساحب أن يرقب تحركات رصيده محتفظا فيه بما يفي بقيمة الشيك حتى يتم صرفه". (٢)

وهذا الافتراض يقبل اثبات العكس، فاذا اثبته الساحب انتفى القصد الجنائي، ودفعه بانتفاء القصد دفع جوهري، والقول بتوافر القصد او انتفائه من شأن قاضي الموضوع (٣).

وقد رسم القانون الفرنسي قرينة قانونية على قيام سوء النيه بتشريع صادر في ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٤٠ ، فنص على ان هذه النية تكون مفترضة اذا لم يقم الساحب في خلال خمسة أيام من تاريخ انذاره بخطاب موصى عليه من المسحوب عليه او المستفيد بايداع الرصيد أو بتكملته، على أن قيام الجريمة لا يتوقف على

---

(١) نقض ١٠ اكتوبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ١٢٧ ص ٦٧٠، ٥ مارس سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٦٤ ص ٢٧٤.

(٢) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٥٦ ص ١٢٦٦، ٢١ اكتوبر سنة ١٩٦٦ س ١٧ رقم ١٩٣ ص ١٠٢٧، ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٥٤ ص ٢٢٩.

(٣) نقض ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ٤٤ ص ١١١.

هذا الانذار بل هو وسيلة لسهولة الاثبات فحسب، تغني عن الأدلة الاخرى اذا كانت كافية على توافر سوء القصد.

ونحن نؤيد ما ذهب اليه البعض [١] من ان تشريفنا في حاجة الى هذا النص، فانه يكفل درء مشكلات عملية كثيرة وبحماية المستفيد من الساحب اذا كان سيء النية، وحماية الساحب نفسه اذا كان ضعيف الذاكرة ، وكثيرا ما تخونه الذاكرة في شأن رصيده بالاضافة الى الاعتبارات الاخرى منها الخطأ غير المتعمد في حساب الرصيد، خصوصا اذا كان هذا الرصيد محلا لعمليات سريعة متنوعة.

(١) انظر الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاحوال، المرجع السابق، ص ٥٣٥.

المطلب الخامس

تجريم سوء النية في التعاقد

اولا: تجريم الغش او الخداع

أ - أهمية تجريم الغش والخداع وتطوره التشريعي:

١ - الاهمية القانونية لتجريم الغش والخداع:

ترتب على تطور العلاقات الاجتماعية بين الناس زيادة الاتصال والتعامل فيما بينهم ، مما كان له أثره على حجم التعامل التجاري بينهم ، وقد ساعد على ذلك تغلب الطابع المادي على غيره من سائر مقومات الحياة. فقد اصطبغت الحياة اليومية بطابع السعي وراء الرزق من ناحية واتجاه الاشخاص الى العمل على زيادة ثرواتهم من ناحية اخرى . ويتم ذلك بأحد طريقين اما بوسيلة مشروعة وأما بوسيلة غير مشروعة وفي هذه الحالة الاخيرة يكون سلاحهم الغش والخداع. [١]

ويتزايد الغش والخداع في مجال المواد الغذائية والمنتجات بصفة عامة يوما بعد يوم مع تزايد وسائل الاحتيال والسعي الى الحصول على المكاسب غير المشروعة، وعلى الاخص التطور الهائل في الوسائل التكنولوجية الذي ساعد على التمادي في هذا الطريق. ففي هذا العصر زاد حجم الغش والخداع في التعامل نتيجة التقدم الواسع المدى في مجال العلوم الطبيعية والكيميائية والبيولوجية التي سهلت امداد مرتكبي الغش بامكانيات واسعة لارتكاب هذه الجرائم.

---

(١) دكتور حسني احمد الجندي الحماية الجنائية للمستهلك الكتاب الاول قانون قمع التدليس والغش ص٥ سنة ١٩٨٥.

وبفضل هذه الوسائل أمكن حفظ المنتجات لمواجهة الظروف غير العادية ولمدد زمنية تجاوز الزمن المقرر لاستهلاكها، ومقابل ذلك فان تعرض المواد للفساد والتلف وتكاثر الميكروبات ووقوع التخمر في المنتجات والروائح الكريهة التي قد تنبعث فيها، بالاضافة الى تقليد انتاج صناعي بانتاج اخر يخفي الطعم اللاذع، كل ذلك أدى الى الاضرار بالصحة العامة عن طريق بعض العمليات غير المشروعة التي قد تفلت من العقاب.

وعلى الرغم من أن قانون العقوبات هو القانون العام في مجال التجريم والعقاب، الا انه قد يتبين في بعض الاحوال عدم كفايته لمواجهة صور وأشكال الاجرام الجديدة في الوقت الذي نعيش فيه. ولذلك كان لا بد من التحرك السريع والنشط بطريقة أكثر منهجية ومنطقية، تسمح بمواجهة كل حالات الغش والخداع، أي بالعمل على ملائمة التشريع للوسائل الجديدة للغش عن طريق سن القرارات واللوائح والقوانين التي تضرب بيد من حديد على أيدي الغشاشين في كل مكان.

ومن اجل ذلك صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بشأن قمع التدليس والغش الذي يتضمن عدد كبير من التجريمات في مجال الخداع والغش والحيازة.

وفي سبيل ضمان تنفيذ هذا القانون ، لجأ المشرع الى تفويض الوزارات المختصة في اصدار المراسيم والقرارات واللوائح الخاصة بكل مادة على حده، ألبانا، وخضروات، ولحوما ومشروبات، ومياه غازية، وهو ما يعرف بالمواصفات القياسية لكل انتاج.

ويهدف المشروع من اصدار هذا القانون تحقيق غايات معينة [1]. بعضها اقتصادي بحت، والبعض الاخر ذات طابع اجتماعي، فالسلطات العامة في كل

---

(١) انظر في نفس المعنى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ في شأن قمع التدليس والغش.

البلدان المتحضرة تهتـم بتوفير الغذاء الصحي للمواطنين، وتسهر على توفير الغذاء والدواء المخصص للاستهلاك بعيداً عن الغش والتزييف، فكل انسان يعتمد على الغذاء الذي يمده بالطاقة البدنية والمعنوية وغش المواد الغذائية وغيرها لا يحدث ضررا مباشرا على صحة الانسان فحسب بل فيه أيضا هدم للقيم الاجتماعية داخل الدولة. [١]

٢ - **التطور التشريعي لتجريم الغش والخداع :**

اقتضى الامر من المشرع التدخل لتجريم أفعال الخداع والغش تجنبا لمخاطرها، ولم تكن النصوص الواردة في قانون العقوبات كافية لتحقيق هذه الغايات بل انها قصرت عن تناول صور كثيرة تدعو المصلحة الى توقيع العقاب عليها، مما حدا بمحكمة النقض الى أن تصرح في حكم لها بأن الحاجة ماسة الى وضع تشريع جديد يعاقب على بعض حالات الغش.[٢]

وفي فرنسا كان قانون العقوبات يتضمن نصوصا تتعلق بضمان سلامة المنتجات والمشروبات وتعاقب على الغش والخداع فيها.

ثم صدر قانون أول اغسطس سنة ١٩٠٥ الذي يعاقب على الغش والخداع في البضاعة وأخيرا صدر قانون ١٠ يناير سنة ١٩٧٨ حول حماية واعلان المستهلك، مد فيه المشرع الفرنسي نطاق الحماية القانونية الى المنتجات

---

(١) دكتور حسني أحمد الجندي المرجع السابق ص ٧.

(٢) انظر في ذلك : نقض مصري ٢٨-١١-١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية ج١ رقم ٣٤٣ ص ٢٨٦.

والخدمات التي تخص المستهلك. (١)

اما في مصر فقد ظهر اهتمام المشرع الجنائي بمكافحة التدليس والغش التجاري منذ سنوات طويلة . ففي تشريع سنة ١٨٨٢ كان يوجد نص المادة ٢٤٥ عقوبات، الذي يعاقب على الغش، ثم نص المادة ٢٢٩ من قانون سنة ١٩٠٤ التي أصبحت هي المادة ٢٥٥ من قانون العقوبات الحالي الصادر سنة ١٩٣٧ وكانت تنص على انه" كل من غش أشربة او جواهر او غلال او غيرها من أصناف المأكولات او ادوية معدة للبيع بواسطة خلطها بشيء مضر بالصحة، او باع او عرض للبيع أشربة او جواهر أو اصناف مأكولات او ادوية مع علمه بانها مغشوشة بواسطة خلطها بشيء مضر بالصحة، ولو كان المشتري عالما بذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وغرامة لا تتجاوز مائة جنيه او باحدى هاتين العقوبتين كما كانت المادة ٣٤٧ من نفس القانون تنص على انه " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامه لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا او باحدى هاتين العقوبتين فقط كل من غش المشتري في عيار شيء من المواد الذهبية او الفضية. او في جنس حجر كاذب مبيع، او في جنس أي بضاعة، او غش بغير الطرق المبينة بالمادة ٢٦٦ اشربة او جواهر او غلة وغيرها من اصناف المأكولات او الادوية معدة للبيع او باع او عرض للبيع شيئا من الاشربة والجواهر والغلة وغيرها من اصناف المأكولات والادوية مع علمه انها مغشوشة او فاسدة او متعفنة، او غش البائع او المشتري او شرع في

انظر حول هذا الموضوع

Dollez – Encycxlopedie Juridique, t. 11. Fraue. P.99.
Pigassou : Entreprise face au consommateur, Dumad 1978.
j. Guyot a innest ; I'Entreprise et al consommateiur, ed.
E.I.P. Paris, 1980-v.A Rieg la protection du
Consommateur, Rapport aux ler journees juridiques
Franco – americaines 1-4 novunou, 1979 Philippe
Molinvaud = la protection des consommateurs, D. 1981 p. 49-62.
Penis Nguyen Thanh – Baurgeais = la securite des consommateur
D. 1981-79.

ان يغشه في مقدار الاشياء المقتضى تسليمها ، سواء كان ذلك بواسطة استعمال موازين او مكاييل او مقاييس مزورة او آلات وزن او كيل غير صحيحة، او بواسطة طرق اخرى من شأنها جعل الوزن او الكيل او القياس غير صحيح او ايجاد زيادة بطرق التدليس في وزن او حجم البضاعة ولو حصل ذلك قبل اجراء الوزن او الكيل او القياس . او بواسطة اعطاء بيانات غير حقيقية من شأنها الايهام بحصول الوزن او الكيل او القياس من قبل بالدقة".

كذلك نص في المادة ٣٨٣ على أن " كل من وجد في دكانه او حانوته او محل تجارته، او وجد عنده في الاسواق شيء من الثمار او المشروبات او المواد المستعملة في الاكل او في التداوي، وكانت هذه الاشياء تالفة او فاسدة يجازي بغرامة لا تتجاوز جنيها مصريا او بالحبس مدة لا تزيد على اسبوع فضلا عن ضبط الاشياء التالفة او الفاسدة ومصادرتها".

وقد تبين قصور هذه النصوص عن مواجهة كافة الاحتياجات العملية في مكافحة التدليس والغش فالغيت وحل محلها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الذي نص في المادة ١٤ منه على الغاء المواد ٢٦٦، ٣٨٣ من قانون العقوبات ويلاحظ ان هذا القانون الاخير يعتبر صورة طبق الاصل من القانون الفرنسي الصادر في أول اغسطس ١٩٠٥ ولا يخرج عن المواد ٢٦٦، ٣٤٧، ٣٨٣ الملغاة الا انه يتسم بالمرونة والتوسع في التجريم بحيث احاط بصور الغش وحيازة الاشياء المغشوشة والمواد التي تستعمل في الغش كما عاقب على الشروع في الغش الذي لم يكن معاقبا عليه آنذاك.

وصدر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٠ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض احكام القانون السابق وينحصر هذا التعديل في تشديد العقوبة على جرائم الخداع والغش في كل صورة كما اضاف صور جديدة من التجريم.

وأخيرا صدر القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل قانون قمع التدليس والغبن [1] علاوة على ذلك فان هناك قوانين مكملة كفلت الحماية للمستهلك في بعض مجالات مكافحة الغش والتدليس منها القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٥٠ بشأن الالبان ومنتجاتها ، والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٦ بشأن الموازين والمكاييل والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية، والقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الاغذية وتنظيم تداولها.

ب – تمييز الخداع عن غيره من الجرائم الأخرى:

إن الغش الذي يقع في الاتفاقات القانونية يوجد في صور ونصوص تشريعية متعددة في التدليس المنصوص عليه في القانون المدني، وفي الطرق الاحتيالية الخاصة بجريمة النصب، وقد يوجد أيضا في جريمة خيانة الأمانة.

ولكن يلاحظ أن الخداع هو نوع من أنواع التدليس، ولكنه تدليس جنائي يختلف عن التدليس المدني . كما أن المشرع لم يقصد في المادة الاولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ ان يماثل بين تعبير "الخداع" وفكرة "التدليس" الواردة في القانون المدني في المادتين ١٢٥، ١٢٦ منه كأحد عيوب الارادة ، والا استعيض عنها بهذه الفكرة، وخضع الخداع في هذه الحالة للجزاء المنصوص عليه في ذلك القانون دون حاجة الى تجريمه والعقاب عليه بقانون خاص.

كما لا يمكن بالتالي ان يكون قصد المشرع من قانون قمع الغش والتدليس، هو الاخذ بالمعنى الذي يعطيه للطرق الاحتيالية كأحد أركان جريمة النصب المنصوص عليها في المادة ٢٣٦ من قانون العقوبات والا امكننا القول بالاكتفاء

(١) اهم الملامح الاساسية في القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ هي التشديد العقوبات واضافة جزاءات جديدة، ومد نطاق التجريم الى افعال جديدة ، والغاء قرينة العلم.

بنص هذه المـادة الاخيرة دون حاجة الى وضع قانون جديد لمكافحة التدليس والغش خاصة أن تاريخ صدور قانون العقوبات سابق على صدور القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ (١)

وينبغي التمييز بين الخداع والتدليس المدني وكذلك التمييز بين الخداع والوسائل الاحتيالية في جريمة النصب.

١-التمييز بين خداع المتعاقد والتدليس المدني:

لا يقصد بفكرة الخداع اذن نفس فكرة التدليس الواردة في القانون المدني. فالتدليس في هذا القانون الاخير هو استعمال طرق احتيالية تؤدي الى ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد. هذا التدليس هو نوع من الغش يصاحب نشأة العقد وتكوينه. ويشترط - طبقا لنص المادة ١٢٥ من القانون المدني - ان تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد . وعلى ذلك تنحصر اوجه الاختلاف بين الخداع والتدليس المدني فيما يلي:

- الكتمان يكفي لقيام التدليس في القانون المدني، في حين أن هذا الكتمان لا يكفي لقيام جريمة خداع المتعاقد.

- يلزم في التدليس المدني أن يثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بحقيقة الامر محل التدليس ، أي أن يكون هو السبب الدافع الى التعاقد. وعلى العكس فان القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ لا يستلزم شيئا من ذلك، ولكن العبرة فيه أن يكون التدليس او الخداع الذي وقع على المتعاقد هو أحد الاسباب الدافعة لابرام الصفقة، ولا يلزم أن يكون هو السبب الأساسي في التعاقد.

- يشترط لابطال التعاقد في القانون المدني ان تكون الحيل التي يستعملها المتعاقد على درجة من الجسامة تدفع على التعاقد ، في حين انه لا يشترط

(١) دكتور حسني أحمد الجندي المرجع السابق ص ١٦.

ذلك في الخداع ، إذ يكفي كذبة واحدة حول البضاعة لقيام الجريمة. [١]

– إن التدليس المدني يصيب الارادة عند تكوين العقد فهو الدافع الى التعاقد، اما الخداع فيقع في غير ذلك، فقد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجاً عن دائرة العقد. [٢]

٢ – التمييز بين خداع المتعاقد والوسائل الاحتيالية في النصب:

يأخذ التدليس في المجال الجنائي - صورتين ، حسب درجة الجسامة التي يظهر فيها ، فالتدليس قد يكون بسيطا أو مشددا. ويكون التدليس بسيطا عندما لا يقترن بأي طرق مميزة لاخفائه او تجعل اكتشافه صعباً على من وقع عليه. اما التدليس المشدد فيتحقق عندما يحاط التدليس بعناصر خارجية او أسماء مزورة او صفات كاذبة تؤيد الادعاءات الكاذبة. [٣]

---

(١) انظر في ذلك

F. Monir, F. Chesny, E Raux : Traite theorique et pratique des froudes et falsifications, paris, 1909. T. le p29 et s X avier de Borssant : legislation et jurispru-dance sur les froudes et falsification, paris 1923, p. 83 Dreyfus : Dol civil et Dol Criminel. These, paris 1907, planiol; Dol civil et pol criminel, Rev. Crit, de legislation et de jurisprudence 1893 p. 545-573 et 649-663 – j. A. Roux ; Triate de la fraude dons la vents des marchandises, paris , 1925, T. ler No. 19, p. 23 et ss.

انظر ايضا نقض ١٩٥٠/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض س ١ ق ٢٤٩ ص ٧٦٣

(٢) انظر F. Monier وآخرين المرجع السابق ص ٣٠ رقم ٢٥ وانظر في الفقه الجنائي المصري دكتور رؤوف عبيد ، شرح قانون العقوبات التكميلي الطبعة الخامسة رقم ٣٨٣ ، الدكتور حسن صادق المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص سنة ١٩٧٥ ص ٧٣.

(٣) انظر في هذا التمييز : A. Roux جـ ١ ق ٢١ ص ٢٥ -Gardenot المرجع السابق جـ ١ ق ٤٥ ص ٢٤.

فالتدليس البسيط هو الذي يكون جريمة خداع المعاقد ، والتدليس المشدد يكون جريمة النصب.

مما لا شك فيه توجد أوجه شبه بين الجريمتين لدرجة يمكن معها القول بأن الخداع ما هو الا صورة مخففة من النصب. أي النصب الذي يرتكب بطريق الكذب المجرد الذي لا يرقى الى مرتبة الوسائل الاحتيالية.[١] الامر الذي يمكن معه ان يتغير شكل الجريمة حسب الظروف الملابسه لها لكي تتمثل في صورة جريمة النصب.[٢]

كذلك من الممكن ان يكون بيع البضائع مجالا مشتركا لتطبيق جريمتي الخداع والنصب، ومن ثم يكون الخط الفاصل بينهما صعبا، ويرجع ذلك الى سببين أساسيين:

السبب الأول:

أن التدليس البسيط يمكن أن يقترن في بعض الأحوال بالطرق الاحتيالية الامر الذي يؤدي الى قيام جريمة النصب أيضا ، فيكون من الصعب التمييز بينهما.

السبب الثاني:

ان القضاء الحديث يتجه الى التوسع في فكرة الاحتيال وقد يؤدي ذلك في أغلب الحالات الى الاقتراب من التدليس البسيط.[٣]

---

(١) Chauveau et F. Ilelie ; Thearie ducode penal. Ged. T.V. No. 244 – Garcon ; Gode penal annote T. 3 art 405, No. 58, 189.

(٢) Cass Crim 27 oct. 1905's 1908, 1.551-2 Oout, 1927, S 1910 I. 403.

(٣) Ottenhol ; le Droit penal et le formation du contrat civil. These, 1970, p. 45-47.

وأوجه التشابه بين الجريمتين يتحقق في النقاط التالية:

- قيام كل من الجريمتين على فكرة الخداع والتأثير على نفسية المجني عليه.
- استلزام نشاط ايجابي في كل منهما حتى يعتبر فعل الجاني جريمة.
- اصابة ارادة المجني عليه بعيب الرضاء. (١)

وعلى الرغم من ذلك فانه يتعين التمييز بين الجريمتين ، لأن القانون يرتب على ذلك عدة آثار اهمها:

- ان عقوبة جريمة الخداع تامة او مشروعا فيها، وخاصة بعد قانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٠ تكون اشد قسوة من عقوبة النصب.
- ان جريمة النصب من الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار، وعلى العكس من ذلك في جريمة الخداع.
- ان العقوبات التكميلية كالمصادره ونشر الحكم واعدام البضاعة الفاسدة تترتب على عقوبة الخداع ولا يوجد ذلك في مجال النصب.

ومع ذلك فان هناك اوجه اختلاف بين الجريمتين تنحصر فيما يلي:

- اختلاف الغاية في كل منهما: فهدف الجاني في جريمة النصب هو الاستيلاء على كل أو بعض ثروة المجني عليه . في حين ان غرض الجاني في خداع المتعاقد هو تحقيق كسب غير مشروع عن طريق عملية تجارية سليمة في ظاهرها. فارادة البائع في النصب غير جدية للتعاقد ، حيث يهدف أساسا الى الحصول على مال المجني عليه بدون أي مقابل، او مقابل لا يتناسب البتة مع الثمن المدفوع. اما في الخداع فان نية البائع تكون جدية ، ولكنه يبحث فقط عن زيادة ربحة بطريقة غير مشروعة، عن طريق الخداع وحول الطبيعة... النوع... الكمية.

---

(١) J.A.R. OUX المرجع السابق رقم ٧ ص ٦-٧. Betchen ج١ رقم ٢٢ ص ٢٦ F. Monier جـ ١ رقم ٢٥ ص ٢٩-٣٠.

-اختلاف وسيلة الخداع في كل من الجريمتين : فهي في جريمة النصب أضيق نطاقا منها في جريمة خداع المتعاقد، فقانون العقوبات يحدد في المادة ٣٣٦ منه الوسائل الاحتيالية التي تقوم بها جريمة النصب على سبيل الحصر، في حين ان المادة الاولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ قد نصت على ان خداع المتعاقد يكون بأي طريقة من الطرق، ومن ثم يكون نطاق هذا الاخير أوسع من نطاق جريمة النصب.

- اختلاف درجة التدليس في الجريمتين : ففي جريمة النصب تكون درجة التدليس أشد جسامة منها في جريمة الخداع ، حيث يكفي لقيام هذه الجريمة الاخيرة أن يصدر الكذب من الجاني ولو مرة واحدة على المتعاقد معه حول نوع البضاعة او كميتها.. الخ. اما في جريمة النصب فيجب ان يكون الكذب مدعما بمظاهر خارجية تبعث على التأثير في نفسية المجني عليه وايقاعه في الغلط.

- يشترط لقيام جريمة النصب أن يكون وقوع المجني عليه في الغلط من جراء الاحتيال الذي نسج خيوطه الجاني لا لسبب آخر. على عكس الخداع الذي يكون أحد الاسباب الدافعة الى التعاقد ، وليس هو السبب الاساسي للتعاقد، ولكن ذلك لا يمنع من وجود الطرق الاحتيالية الى جانب افعال الخداع، وفي هذه الحالة يكون استعمال هذه الطرق ظرفا مشددا لجريمة الخداع او جريمة قائمة بذاتها. (١)

ج - الركن المعنوي في جريمة المتعاقد:

تعد جريمة خداع المتعاقد من الجرائم العمدية التي يشترط لتوافر أركانها ثبوت

---

(١) دكتور حسني احمد الجندي المرجع السابق ص ٢٣.

القصد الجنائي لدى المتهم. (١)

ويستلزم قيام هذا القصد توافر عنصرين :

العنصر الاول: توجيه ارادة الجاني نحو اثبات الفعل المادي وهو الخداع أو الشروع فيه.

العنصر الثاني: العلم بما في ذلك من خداع المتعاقد معه.

وعلى ذلك يلزم لقيام القصد الجنائي ثبوت علم المتهم بالغش الحاصل في الشيء المتفق عليه او في البضاعة. وارادته ادخال هذا الغش على المتعاقد معه ولا يتحقق ذلك الا بانصراف ارادة الجاني الى تحقيق الواقعة الاجرامية، وان يهدف من ذلك تحقيق النتيجة الاجرامية.

والعلم بتجريم القانون للجريمة مفترض لا سبيل الى نفيه. اما العلم بالواقع فهو غير مفترض ، وينبغي اقامة الدليل الكافي عليه، ويقع على النيابة العامة او المدعي بالحق المدني عبء اثبات ذلك.

وتنشأ نية الخداع بالضرورة - وبطريقة كافية - من كون البائع يعلم حقيقة البضاعة التي يبيعها . كما يتوافر العلم متى كان الانتاج محل التعامل غير مطابق للمواصفات القياسية ويفرق بين ثبوت النية وقوتها بين فرضين:

---

(١) المبدأ المستقر عليه في قانون العقوبات انه لا توجد جريمة بدون نية اجرامية، وينبغي أن تكون هذه النية ثابتة في كل الحالات - ويذكر الفقه هذ المبدأ باعتباره قاعدة أساسية.

Jean-claude Fourg, aux ; les mal condamnes pour refarme de la loidu ler aout 1905 sur La repression des fraudes D. 1965, Chron, p. 233 et s – G. Alex. Gallon op. Cit.

وانظر أيضا - دكتور نبيل مدحت سالم القانون الجنائي - كتاب الجرائم الاقتصادية سنة ١٩٧٢ ص ٧٢.

الفرض الاول:

حالة العيوب الظاهرة في البضاعة ، في هذا الغرض تكون نية الغش ثابتة بوضوح ، ولا يمكن للجاني ان يدفع بجهله عيوب البضاعة . ومثال ذلك الجواهرجي الذي يصنع الذهب من عيار غير صحيح، وبائع الازهار الذي يعلن عن توافر عناصر غير صحيحة من زهوره، والخباز الذي يصنع خبزا اقل من الوزن المقرر.

فليس من المقبول من هؤلاء الاحتجاج بحسن النية متى كانت هذه البضاعة معيبة [1] ففي هذه الحالات يعتبر البائع سيء النية، لأنه يتعين عليه التأكد من سلامة بضاعته ، ومن ثم فهو يعلم بعيوبها.

الفرض الثاني:

ويتعلق بحالة العيوب الخفية او غير الظاهرة، في تلك الحالة يثور التساؤل عما اذا كانت مسئولية الصانع أو المنتج تقوم على أساس أن عليه التزامات بالتحقق من البضاعة قبل تسليمها واذا كان من المقرر ان التاجر ملزم - بحكم مهنته - من التأكد من حالة البضاعة التي يمارسها ، فهل يمكن أن تنسحب عليه المسئولية الجنائية حتى في حالة العيوب غير الظاهرة ؟ وهل يكفي مجرد الاهمال لتحقيق عنصر سوء النية؟

في الواقع لا محل لافتراض العلم بالخداع في هذه الجريمة فالقصـــــــد

(١) انظر في ذلك
J. Vouel: Responsabilite de l'importeur en matiere de repression des fraudes, crim 2, Fev. 1966 Somm. 55.

وانظر ايضا في القضاء الفرنسي:
Trib. Corr. De seine 10 Mai 1962, G.P. 1962-2194 Crim. 11. Juill 1963, J.C. 1964-11-13531 Natevivez- D. 1964-441 ; Nate Faurgant.

المطلوب هنا هو القصد الجنائي العام، الذي يقع على عاتق سلطة الاتهام عبء اثبات هذا القصد دون حاجة لكي يفترض قيام هذا العلم في تلك الحالة.

وسلطة الاتهام تجري في العمل على اثبات قيام العلم من كون المتهم تاجراً ويقع عليه واجب الاشراف على عماله والتحقق والرقابة على المنتجات التي تخرج من مصنعه . فمجرد تخلف عنصري الرقابة والاشراف يتوافر القصد الجنائي في جريمة الخداع.[1]

وتطبيقا لذلك أقامت احكام القضاء في فرنسا [2] قرينة قضائية على الاثم بالنسبة للمنتجات المصنعة، وطبقت هذه القرينة على الحرفي والمهني والمنتج وتاجر الجملة متى كانت المنتجات لا تطابق اللوائح والعادات التجارية فهذه القرينة تسوى البائع سيء النية بالبائع او المنتج الذي يسلم بضاعة بها عيب خفي، ومقتضى ذلك أنه يجب على التاجر او الصانع بحكم مهنته - ان يتأكد من حالة البضاعة موضوع تجارته. فمن يعرض بضاعة للبيع ويعلن عن وزنها وخواصها يجب عليه ان يتاكد من سلامتها، كما ان المنتج الذي يحيط الانتاج بدعاية واسعة تؤكد جودته ينبغي ان يفهم من هذه الدعايه انه يقصد ضمان ما ذكره من اوصاف ومزايا في الانتاج، كما ينبغي ان يحمل اقبال المستهلك على شراء الانتاج على أنه ينبغي الحصول عليه محتويا على الصفات والمزايا التي اعلنها المنتج. فاذا كان الانتاج معيبا غير مشتمل على المزايا التي أعلنها. جاز للمستهلك الرجوع على المنتج مباشرة واعتبر هذا الاخير مرتكبا لجريمة خداع المتعاقد ، اما اذا لم يقم التاجر بواجب التحقق من البضاعة فانه يرتكب خطأ يعرضه للمسئولية الجنائية اذا أدى ذلك الى خداع المتعاقد.

---

(١) Cass. Crim, 3 Mars 1992 B. No. 94-crim 2 Dec., 1922, Ibid, No. 399 crim. 18

. 1966, D. 1966, Somm. 96-Alger 29 Janv. 1944, D. 1949, Somm.

ومن الحالات التي تحدث في العمل ان يزعم البائع في سبيل ترويج بضاعته الى الاستعانة باكاذيب يسوقها فيخدع المتعاقد معه بناء عليها ويتم التعاقد - فهل تتوافر نية الخداع في هذه الحالة ام لا؟ مثال ذلك ان يزعم أن البضاعة محل التعاقد من انتاج مصنع معين في حين انها من انتاج مصنع آخر . يمكن التفرقة في هذا الشأن بين فرضين:

الاول : أن يكون المتعاقد الآخر قد وضع في اعتباره عند التعاقد الصفة الاساسية التي اضفاها البائع على البضاعة، لا سيما اذا كانت هناك فرق في القيمة، ويكون البائع على علم بذلك وأراد اتمام الصفقة رغم ذلك. في هذه الحالة تقوم جريمة الخداع في حقيقة البضاعة أو الصفات الجوهرية لها.

الثاني: لا يكون المتعاقد قد تأثر بتلك الصفة الكاذبة واتم الصفقة برضائه بها على ما هي عليه فلا تقع الجريمة لأن مزاعم البائع لم تكن هي السبب الاساسي في التعاقد.[1] وعلى ذلك ينتفي القصد الجنائي اذا جهل المتعاقد او اخطأ في أي من الامور التي وردت في حالة الخداع. واذا اظهر البائع للمشتري حقيقة البضاعة وقت البيع انعدمت نية التدليس وانتفى القصد الجنائي أيضا. ويلاحظ ان الاتجاه السابق بجانب الصواب، فهو ينقل الى القانون الجنائي قواعد القانون المدني الذي يقضي بمسئولية البائع عن العيوب الخفية حتى لو كان لا يعلم به . وهذا الحل ان كان يتناسب مع المسئولية المدنية وتعويض الاضرار، الا انه يكون صعب القبول بالنسبة للمسئولية الجنائية التي تقوم على التدليس، فالاهمال وعدم الحرص لا يماثل الغش، فكيف اذن يمكن للتاجر ان يتحقق من فئات البضائع الموجودة لدين؟ في الواقع أن هذا التاجر لا يعلم اكثر من المشتري خصائص البضاعة

(١) انظر دكتور حسن صادق المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص سنة ١٩٥٧ ص ٧٣.

التي يسلمها اليه. كما أن ذلك التاجر تسلم البضاعة من منتج أو تاجر جملة.

فجريمة الخداع جريمة عمدية تتطلب فيه الخداع، فالتاجر او المنتج الذي اهمل في تنفيذ التزامه بالرقابة وفحص المنتجات مع امكانية توافر العلم لديه بطبيعة او اوصاف او مكونات البضاعة التي اهمل فحصها. لا يعاقب على الخداع اذا وقع المتعاقد الاخر في غلط في البضاعة، فالاهمال غير العمد وجريمة الخداع عمدية يلزم لقيامها توافر نية الخداع. (١)

ومع ذلك يتردد القضاء الفرنسي في هذا الشأن، لأن الركن المادي لجريمة خداع المتعاقد هو الذي يحتل المكان الأول في الجريمة. ولذلك صدرت أحكام تذهب الى أن الاهمال الجسيم يقيم بداهة سوء النية طالما وقع من شخص خبير في مهنته او صناعته (٢). كما قضى أيضا بأن الاهمال البسيط يؤدي الى قيام المسئولية الجنائية طالما كان ثابتا بوضوح.

وبالرغم من أن نص القانون الفرنسي أول اغسطس سنة ١٩٠٥ يتعلق بالخداع حيث تطلب نية الغش لدى البائع. I'ntantion frauduleuse du vendeur الا ان الدائرة الجنائية غيرت الخطأ العمدي la faute intentionnelle الى مجرد خطأ الاهمال le fante de negligence أو الرقابة وفي وقت لاحق استخلصت المحاكم خطأ الاهمال من الظروف المادية للجريمة حيث تحول الى خطأ اتفاقي (٣) une faute contraventionnelle وهذا الاتجاه من

---

(١) محكمة استئناف باريس في ٢٦-٢-١٩٥٥ (Rec.dr.peh) ١٩٥٥ ص ٢٣٥.

(٢) محكمة Ninnes في ٥ يوليو ١٩٥٢-٢-٢٠١.

(٣) حول هذا التطور انظر

Shutz, le principe de la personnalite des peines en droit francois, These Nancy 1967, p. 244;

Merle, les presomptions legales en droit penal, L.G.D.J. 1970.

القضاء كان محلا للنقد، لأنه يجهل صياغة النص القانوني الذي يتطلب أن يكون فعل الجاني عمدا [١]. فتحول الخطأ العمدي الى مجرد خطأ الاهمال من شأنه يستأثر باحدى العناصر المكونة للجريمة ويتحقق ذلك أيضا عندما يتحول خطأ الاهمال الى خطأ اتفاقي. [٢]

فهناك احكام لا ترى ان الاهمال يعبر عن سوء نية الجاني وذلك حتى ولو كان عيب البضاعة راجعا الى الصعوبات الفنية في الصناعة، حيث يكون من الصعب اكتشافه او ملاحظته حتى لو كان التاجر مهنيا. كما ان الاهمال البسيط او غياب الرقابة لا يكفيان بمفردهما لقيام الدليل على توافر سوء القصد لأن القانون لا يقيم أي قرينة على الاثم. [٣]

والخلاصة ان القانون لا يعاقب الا عن الخداع الذي يتحقق بطريق غير المشروع، كما لا يعاقب على الجهل او الغلط الذي يقع فيه البائع او التاجر ازاء المتعاقد الاخر. فالخداع اذن جريمة عمدية ، وحسن النية يستبعد نية الغش كما ان الاهمال ولو كان جسيما لا يعادل الغش. فالاهمال احد صور الخطأ غير العمدي اما التدليس فيفترض غشا عمديا.

وتثار عدة مسائل تدور حول مدى توافر نية الخداع.

الاولى:هل يمكن أن يستخلص من ضآلة قيمة المبيع نية الغش في جريمة الخداع؟

---

(١) Michele Muller L'inexecution penal ament Reprehensible du contrat, These, Paris, 1977, p. 45 et s.

(٢) Crime 22 Janver 1969, G.P. 1969. 218

(٣) 8 decembre 1965, J.G.P. 1965 II, 14663; 13 fevrier 1969 R.S.G.
Cass. Crim, 16 fev. 1956, G.P. No. 171- crim 15 Oct. 1957, Ibid No. 631.

وبمعنى آخر هل ينتفي الخداع عندما تعرض البضاعة الاقل جودة بثمن يتناسب مع درجتها ومكوناتها؟ فمن الممكن ان يشتري شخص بضاعة درجة ثانية مثلا، ويكون في ضآلة السعر تنبيها له الى حقيقتها. فلا يكون التاجر عندئذ مخادعا.

الثانية: هل يعد من قبيل خداع المشتري، عدم التزام البائع باتفاق مبرم مع الجهة صاحبة المحل المشترى؟ ما الحل اذا كان المشتري يجهل هذا الاتفاق؟ وبمعنى آخر هل يتكون الخداع من التقصير في الاتفاقيات المبرمة مع الغير؟ ومثال ذلك - قامت شركة السكك الحديدية الفرنسية بتأجير الكافتيريا الخاصة بها لاحد المتعهدين، وحددت له - بطريقة ملزمة - اسعار البيع للجمهور . وقد قام المتعهد ببيع السندوتيش بالسعر الذي حددته الشركة، ولكن مخالف للمواصفات المحددة (اقل من الوزن المقرر) فهل يسأل المتعهد في هذه الحالة عن جريمة خداع ، خاصة أن المسافرين لا يعلمون بالقرار المنظم للاسعار والوزن بين الشركة والمتعهد ؟ فقضت محكمة الموضوع بادانة المتعهد عن جريمة خداع في كمية البضاعة. فطعن المحكوم عليه في الحكم بالنقض مؤسسا طعنه على الخطأ في تطبيق القانون حيث ان الحكم المطعون فيه لم يبين طبيعة اللائحة التي تلزمه بهذا الوزن، كما أن المشتري نفسه لم يكن يعلم بها- وقد ردت محكمة النقض على هذا الطعن بتأييد حكم الادانة تأسيسا على أن البائع ليس له من جهل العميل. [١]

ويعلق الاستاذ J.A. Roux على هذا الحكم في مؤلفه [٢]. بأن هذا الحل وان كان يقوم على اساس اخلاقي هو حماية المسافرين من جشع المتعهد الا

---

(١) Cass. Crim. 4 Nov. 1920 B. No. 415- 664.

(٢) Traite de fraude, T.1, No. 29.

انه يفتقر الى السند القانوني.

فالواقعة تتعلق هنا بمخالفة الالتزامات التي يتضمنها العقد المبرم بين المتعهد والشركة، ولا شأن للمسافرين به، ومن ثم كان يتعين اختصاص القضاء المدني دون الجنائي بتلك المسألة. ولكن الامر يكون على خلاف ذلك اذا كان تحديد الاسعار معاصرا لواقعة تأجير الكافتيريا ، فيمكن ان يعتبر هذا التحديث شرطا في العقد - وهكذا، لكن يمكن للمسافر التمسك به في مواجهة مستأجر البوفيه وعندئذ تقوم المسئولية الجنائية عن الخداع متى توافر علم المسافر بالاسعار وبوزن السندوتش وقصد شراءه، بهذا الوزن وبذاك السعر، اما اذا كان يجهل وجود الاسعار المفروضة والوزن المقرر، فلا تقوم الجريمة، والواقع ان محكمة النقض الفرنسية قد اصابت في قضائها تأسيسا على ان ما قام به المتعهد في مواجهة المسافرين من بيع المواد أقل من الوزن المقرر تقوم به جريمة الخداع بغض النظر عن علم المسافر او عدم علمه.

واخيرا يجب ان يتوافر القصد الجنائي في لحظة التعاقد اذا كانت الجريمة تامة او وقت تقديم البضاعة او عرضها اذا كانت الجريمة مشروعا فيها. [1]

ثانيا: تجريم الاخلال او الغش في تنفيذ العقود:

نص القانون رقم (١٢٠) لسنة ١٩٦٢ على تجريم الاخلال العمدي بتنفيذ بعض الالتزامات العقدية في المادة ١١٦ مكرر عقوبات ثم جاء القانون رقم (٦٣) لسنة ١٩٧٥ فاستبقى هذه الجريمة بعد ان ادخل عليها بعض التعديلات.

---

(١) Cass. Crim 23 Oct. 1957- Bull, Crim. No. 664.

وبمقتضى هذا القانون فان النص على هذه الجريمة اصبح في المادة ١١٦ مكرر (جـ) عقوبات، وتنص على ان " كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقارنة أو نقل أو توريد او التزام او اشغال عامة ارتبط بـه مـع احدى الجهات المبينة في المادة ١١٩ او معاحدى شركات المساهمة، وترتب على ذلك ضرر جسيم، او اذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن... ؟

ومن هذا النص يتبين لنا ضرورة أن يتوافر في الجاني صفة المتعاقد مع احدى الجهات المبينة بالمادة ١١٩ عقوبات او متعاقد مع احدى "شركات المساهمة الخاصة" والجهات المبينة وفقا للمادة ١١٩ عقوبات هي الدولة ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام والنقابات والاتحادات والمؤسسات والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية والشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تساهم فيها احدى الجهات السابقة. وأية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار اموالها من الاموال العامة.

" أما شركات المساهمة الخاصة" فهي الشركات التي لا تساهم فيها الدولة أو احدى هيئاتها العامة بنصيب ما ولا بأية صفة كانت . وجدير بالذكر أن تلك الجهات هي جهات خاصة في نظر الفقه الاداري ". [١]

وقد ساوى المشرع في الحماية من الاخلال بتنفيذ العقود بين الجهات السابقة المبينة في المادة ١١٩ عقوبات وبين الشركات المساهمة الخاصة نظراً للدور المنوط بتلك الشركات في التنمية وانعكاس ذلك على الاقتصاد القومي.

---

(١) انظر الدكتور / مأمون محمد سلامة قانون العقوبات القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٨٠-١٩٨١ ص (٣٦).

فعقد المقاولة او النقل او التوريد يكون ذات طبيعة مدنية عندما يتعاقد الجاني مع احدى الشركات المساهمة الخاصة. ويكون ذات طبيعة ادارية عندما يقع التعاقد مع أحد الجهات المبينة في المادة ١١٩ عقوبات.

والخلاصة ان المادة ١١٦ مكرر (جـ) عقوبات تطبق في الحالات التي يكون فيها عقود المقاولة او التوريد او النقل عقود مدنية. ويتحقق ذلك عندما يتم التعاقد مع احدى شركات المساهمة الخاصة. وتتحدد طبيعة هذه العقود وفقا لقواعد القانون الاداري والمدني والتجاري.

ويأخذ حكم المتعاقد الاصلي المتعاقد من الباطن والوكلاء والوسطاء طالما ان الاخلال بالتنفيذ كان راجعا الى فعلهم. ومن لم يتوافر فيه الصفة يمكن أن يكون شريكا وفقا للقواعد العامة.

ويبين لنا من نص المادة ١١٦ مكرر (جـ) عقوبات ان المشرع يعاقب على نوعين من الجرائم :

الصورة الاولى: الاخلال العمدي في تنفيذ العقود:

ويتحقق ذلك بمخالفة احد الالتزامات التعاقدية التي تتولد عن أحد العقود السالف بيانها. فلا تقع هذه بالنسبة الى مخالفة الالتزامات التي يكون مصدرها القانون [١].

والاخلال بالتنفيذ هو تكييف ينصب على فعل غير مشروع من وجهة النظر المدنية ولذلك لا يتحقق الاخلال بالتنفيذ اذا كان الفعل او الامتناع المخالف في ظاهرة للالتزامات بمقتضى العقد ، انما يستند الى سبب مشروع تعترف به فروع القانون المنظمة للعقد. [٢]

---

(١) استاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق، ص (٢٩٤).

(٢) استاذنا الدكتور / مأمون محمد سلامة ، المرجع السابق، ص (٢٨٤).

واذا كان العقد صحيحا، فلا يجوز الاخلال بتنفيذه بدعوى قابليته للبطلان طالما لم يتقرر هذا البطلان، الا اذا وقع البطلان مطلقا بقوة القانون فانه في هذه الحالة لا يحتاج الى تقرير.

والقوة القاهرة تؤدي الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ وبالتالي نسبة تهمة الاخلال بالتنفيذ اليه، مثال ذلك أن يصدر تشريع يحرم استيراد السلعة التي تم التعاقد على توريدها من الخارج، او يحدث اضراب من عمال الشحن يؤدي الى تأخير النقل.

والظرف الطارىء لا يحرر المتعاقد من التزامه طالما يتحول الى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ.

ويجب ان يؤدى الاخلال بالتنفيذ الى ضرر جسيم حتى تقع الجريمة ، ويستوي ان يلحق الضرر المتعاقد او المستفيد من التعاقد.

الصورة الثانية: الغش في تنفيذ العقود:

ميز المشرع بين صورتين من صور الغش في تنفيذ العقود:
الاولى هي الغش العمدي والثانية هي الغش غير العمدي المتمثل في استعمال او توريد بضاعة او مواد مغشوشة او فاسدة تنفيذا للعقد دون علمه بذلك.

والغش قد يكون في عدد الاشياء المورده او في مقدارها او مقاسها او عيارها او في ذاتية البضاعة المتفق عليها أو في حقيقتها او طبيعتها او صفاتها الجوهرية، او ما تحتويه من عناصر نافعة او خصائص مميزة او عناصر تدخل في تركيبها، والمادة ٤٣٣ من قانون العقوبات الفرنسي تعاقب على مورد الاسلحة الذي ارتكب غش حول طبيعة أو صفة أو كمية الاشغال او اليد العاملة او الأشياء محل التوريد عند تنفيذ العقد. [١]

---

(١) J. segur, J el penal , art. 430-433.

ويعاقب أيضا القانون الصادر في ١٧ أغسطس سنة ١٩٥٧ الذي يطبق على بعض الشركات العقارية للمباني على الغش عند تنفيذ العقد . فيجرم هذا القانون الغش او الشروع في غش المساهمين بالاسهم في الصفة او الكمية او مواد البناء او الآلات أو المنتجات المستخدمة او الموردة أثناء تنفيذ العقد. فتقع هذه الجريمة عند استخدام او توريد مواد غير مطابقة لتلك التي كان يجب استخدامها او توريدها.

ولا يشترط لقيام الركن المادي في هذه الجريمة ان يتحقق ضرر عن الغش. على عكس الحال بالنسبة لجريمة الاخلال العمدي في تنفيذ العقود. فقد راعى المشرع ان الغش في التنفيذ بطبيعته لا بد وأن ينعكس ضرره على الجهة المتعاقدة ومصالحها ولذا اكتفى بالعقاب على مجرد الغش مفترضا وقوع الضرر دون استلزامه كعنصر الجريمة او كشرط للعقاب عليها. (١)

والغش في تنفيذ العقد هو صورة من صور الاخلال العمدي بتنفيذ الالتزامات المفروضة بمقتضى العقد، الا ان المشرع رخصه بالتجريم في ذاته بغض النظر عما يترتب عليه من اضرار، ولا مجال لأعمال قواعد التعدد المعنوي بين جريمة الاخلال العمدي في التنفيذ وبين جريمة الغش في التنفيذ لاننا نكون بصدد تنازع ظاهري بين النصوص يتم حله بتقديم النص الخاص على النص العام، والنص الخاص متعلق بالغش، اما النص العام فهو متعلق بالاخلال العمدي بالتنفيذ وعالجت الفقرة الاخيرة من المادة ١١٦ مكرر (جـ) عقوبات الحالات التي يكون فيها الاخلال بالتنفيذ او الغش في استعمال او توريد بضاعة او مواد مغشوشة او فاسدة دون علم الجاني بغشها أو فسادها. ويعاقب عليها بوصف الجنحة فالجاني يخل بتنفيذ العقد باستعمال او توريد مواد أو بضاعة غير

---

(١) انظر الدكتور / مأمون محمد سلامه ، المرجع السابق، ص (٢٨٩).

مطابقة للمواصفات لكونها مغشوشة او فاسدة. ولكن دون تعمد ذلك لعدم ثبوت علمه بالغش او الفساد.

ويترتب على الغش الذي يقع تحت طائلة قانون العقوبات علاوة على الجزاءات الجنائية، جزاءات مدنية ايضا ترتبط بمخالفة العقود المدنية، وتطبق الجزاءات المدنية دون اهمية لخطة ارتكاب الخداع سواء وقع لحظة تبادل الرضاء، أو ارتكب لحظة تسليم الشيء محل التعاقد.

وجريمة خداع التعاقد تتكون من ركن معنوي يتمثل في نية الغش، وركن مادي يكون مزدوجا، فهو البدء في تنفيذ وسائل الخداع ، فقد يكون مصاحبا اما لابرام العقد، واما لتسليم الشيء غير المتفق عليه.

وفي الواقع ان الالتزام بتسليم شيء محدد في العقد يكون التزاما بنتيجة، وان الجزاءات المدنية يمكن ان توضع موضع التنفيذ بمجرد أن يكون الشيء المسلم غير مطابق لما هو متفق عليه.

وعلى العكس لا يجوز العقاب على مجرد عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم بل يجب أن يكون مصحوبا أو مسبوقا بالخداع. فالشارع لم يقصد العقاب على كل عدم تنفيذ الالتزام ولا على كل مخالفة عمدية للالتزام. [١]

والخطأ التعاقدي وحده ذات طبيعة خاصة يمكن أن يؤدي الى توقيع الجزاءات الجنائية ويستطيع الدائن المضرور على الرغم من وجود الجريمة أن يباشر الدعوى التعاقدية امام المحكمة المدنية دون ان يظهر الطبيعة الجنائية لمخالفة العقد.

ويذهب القضاء في فرنسا الى أنه مجرد واقعة عدم تسليم الشيء المتفق عليه

---

(١) Michel Muller op cit. P. 50 et S.

تكفي ليس فقط لتطبيق الجزاءات المدنية المرتبطة بمخالفة العقود المدنية وهذا طبيعي، ولكن ايضا الجزاءات الجنائية.

ومن المهم ايضا ان نلاحظ عندما يجد الخداع المعاقب عليه جنائيا مكانه عند تبادل الرضا، ويتحدد المجني عليه في التعاقد، فان الجريمة يمكن ان تتحلل- حسب اختيار المجني عليه - اما كخطأ تقصيري، واما كخطأ تعاقدي . فالتدليس عيب في الرضا يسمح بالغاء الاتفاق ، علاوة على الخطأ التقصيري المولد للتعويض. ولكن اذا عدل المجني عليه عن البطلان بعد كشف الخداع [١]. فانه سوف يضع نفسه حينئذ في اطار تنفيذ العقد [٢]، ومن ثم سوف يطالب بالبدء في تنفيذ الجزاءات المدنية المتعلقة بمخالفة الالتزام بالتسليم.

ويمكن أن تتحلل الجريمة في هذه الحالة الى خطأ تعاقدي ، طالما أنها تتضمن في عناصرها تسليم شيء يخالف الشيء المتفق عليه. [٣]

واذا كان المشرع الفرنسي جرم استثناء الشروع في الخداع في قانون اول اغسطس سنة ١٩٠٥ وقانون ٧ أغسطس ١٩٥٧، حيث يتطلب هذا الشروع اتيان الجاني وسائل خداع - ولكنه لم يتوصل الى تحقيق هدفه ، والمجني عليه لم يكن قد وقع في غلط ، فالسؤال المطروح في هذا الفرض : هل يمكن ان يستوجب الشروع في الخداع - المولد للجزاءات الجنائية - جزاءات مدنية متعلقة بمخالفة العقود؟

---

(١) انظر
Statck : op cit des obligations No. 1645 et S.

(٢) Flour, et Aubert. Droit, civil. Les oblig-ations. Vol 1 No. 212.

(٣) Chestin : op. Cit, planiol et Ripert, T. 6 No. 207.
Marty et Roynaud : T. 2 135 - starck ap. Cit No. 1368.

يتوقف الاجابة على هذا السؤال حسب اللحظة التي ارتكب فيها هذا الشروع في الخداع. فاذا كان معاصرا لابرام العقد فلا يوجد مخالفة للالتزام بالتسليم، طالما ان المجني عليه يعلم الحقيقة عند تبادل الرضاء. علاوة على ذلك يستطيع المجني عليه ان يرفض ابرام العقد. وعندئذ لا تثور مشكلة.

على العكس من ذلك اذا ارتكب الشروع في الخداع عند التسليم، فانه يتطلب ان يسلم الجاني شيئا يخالف ما كان متفق عليه، محاولا ان يبعث على الاعتقاد بأنه الشيء المتفق عليه. هذا الشروع مصدر الجزاءات الجنائية يؤدي ايضا الى توقيع الجزاءات المدنية المتعلقة بمخالفة الالتزام بالتسليم لتوافر هذه المخالفة ايضا في تركيب الجريمة المشروع في ارتكابها.

المطلب السادس

تجريم تجاوز حدود المشروعية

أولا: مفهوم الجريمة التجاوزية:

يقصد بالتجاوز الخروج عن الحدود المقررة شرعا وقانونا من جانب مرتكب السلوك، بعد نشأة الحق صحيحا مستوفيا لشروط اركانه، أي خروج الواقعة المرتكبه عن حدود السبب المبيح المقترن بها، ويراد بالحد الذي يحدث تجاوزه، الحد المادي، ذلك ان تجاوز الحد المعنوي للظرف المبيح لا اثر له في الحيلولة دون ان ينتج الظرف اثره القانوني وهو اباحة الفعل طالما لم يحدث من الناحية الفعلية أي تجاوز للحد المادي المرسوم له وما دامت الواقعة من الناحية المادية ومن حيث نتيجتها لا تتعارض مع نصوص القانون الجنائي [(١)]. ويترتب على ذلك ان انتاج سبب المشروعية لأثره مرهون بتوافر جميع الشروط المتطلبة قانونا، وافتقار احداها يترتب عليه خضوع السلوك للنص التجريمي، حيث لا يكون هناك وجه لتحقيق المصلحة الاجتماعية ، ومن ثم فان هناك تلازما وترابطا بين كل من المشروعية والمصلحة الاجتماعية.[(٢)]

وتجاوز حدود الاباحة قد يكون لاسباب عرضية أو وليد خطأ غير عمدي او تجاوز عمدي حيث يكون التجاوز مقصودا.

ويكون التجاوز عمديا اذا اقدم الفاعل على ارتكاب الفعل متجاوزا فيه حدود المشروعية، وهو مدرك انه يتجاوز الحدود ومع ذلك فهو ماض فيما هــــو

---

(١) انظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، رسالة دكتوراه سنة ١٩٨١ ، القاهرة دار النهضة العربية ص ٢١٧، الدكتوره خلود سامي عزاره آل معجون، النظرية العامة للاباحة، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٨٤ ص ٤٥٨.

(٢) Marc. Pouch, grands, assets de la jurisprudance Criminelle, Tome, I.P. 288.

مقدم عليه عن ارادة واعية، ومثال ذلك أن ينجح المدافع في الامساك بالمعتدى وشل حركته وانتزاع السكين الذي كان يزمع الاعتداء بها من يده، ومع ذلك يطعنه بها عدة طعنات تؤدي الى قتله، وكالزوج الذي لا يكتفي بضرب زوجته ضربا خفيفا بعد التدريج الشرعي بالوعظ والهجر، بل يوثقها بالحبال ويداوم الاعتداء عليها امعانا في التنكيل بها، وايقاع المزيد من الاذى عليها. ففي المثال الاول كان رد الفعل متجاوز قدر الاعتداء على نحو لا يتناسب البتة مع القدر اللازم لتحقيق غرض الدفاع وبما يحتاجه الجاني من قوة كانت كافية لرد خطر الاعتداء ووقف اثره الداهم، وفي المثال الثاني تجاوز الزوج حق التأديب الذي يكفي فيه الضرب البسيط الذي لا يترك اثرا وهو يدرك انه تجاوز هذا الحد.

اما التجاوز غير العمدي فهو ذلك الذي يحدث نتيجة خطأ غير عمدي، أي نتيجة الرعونة او عدم الاحتياط والتبصر، فالفاعل كان يعتقد انه يحترم الحدود القانونية للسبب المبيح، في حين انه تجاوزها فعلا بغير قصد ودون ان تتصرف ارادته الى ذلك في حين انه لو كان اكثر حرصا وحذرا لأمكنه ان يتلافى هذا الخطأ، وان يقف عن حد السبب المبيح، مثال ذلك رجل الشرطة الذي يقبض على سارق متلبسا بالسرقة فيجذبه بشدة لوضع القيد الحديدي حول معصميه، الا ان فعل الجذب كان من العنف بحيث ادى الى اصابته بجروح دون قصد [1] ويكون التجاوز عرضا اذا لم يصحبه خطأ من جانب الفاعل كالذي يحدث نتيجة قوة قاهرة او ينتج بسبب يفوق قدرة الجاني ومثال ذلك، اذا ضرب الزوج زوجته ضربا بسيطا وبقصد التأديب وبعد ان كان قد استنفذ وسيلتي الوعظ والهجر في المضجع ، الا ان هذا الضرب البسيط ادى الى اجهاضها بسبب ضعف حملها مثلا فالتجاوز هنا عرض لم يقصده الزوج ولم يهدف اليه ولم يكن وليد رعونه او عدم تبصر. [1]

---

(١) انظر الدكتورة خلود سامي عزاره آل معجون، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

ثانيا: الحد الفاصل بين المشروعية واللامشروعية:

لكل سبب من اسباب المشروعية حدودا يختص بها، فاذا ثبت عدم تطابق سلوك الفاعل وحدود السبب اكتسب الفعل صفة اللامشروعية ، لذا ينبغي على كل من يتمسك بالمشروعية مراعاة تلك الحدود والا ترتب على الخروج عليها مسئوليته الجنائية، فالحدود بين المشروعية وعدم المشروعية ترسمها القواعد القانونية للكافة بكل دقة، ومن ثم فانه اذا خرج العمل من نطاق المشروعية فانه ولا شك في نطاق عدم المشروعية أي في نطاق مخالفة القانون. ومن ثم فليس بين المشروعية وعدم المشروعية وسط، فلا يمكن القطع بأن هناك " مرحلة بين السلوك محايدة " لا هي بالمشروعية ولا باللامشروعية، فثبوت تجاوز الفاعل - بسلوكه - الحدود المقررة- فان فعله يدخل منطقة اللامشروعية، أي منطق الجريمة[1] وهذا هو ما يعرف في الفقه بتجاوز حدود الاباحة، هذا التجاوز امر قابل لان يتحقق من الناحية العملية، لا في نظام الدفاع الشرعي فحسب وانما في حدود أي سبب اخر من اسباب المشروعية الاستثنائية (الاباحة) ففي مجال استخدامه مثلا، قد يحدث ان يتجاوز صاحب الحق الحد المادي المرسوم قانونا لحقه، كما اذا قذف شخص موظفا عموميا بامر يتعلق بحياته الخاصة ولا شأن له بالوظيفة ، فهذا الامر الذي يتعلق بالحياة الخاصة للموظف ينطوي على تجاوز لاستعمال الحق، وفي مجال اداء الواجب قد يطعن الشرطي بالسونكي قلب احد المتظاهرين المراد تفريقهم، فيموت الاخير متأثرا بجراحه، ويتبين انه كان من الممكن دفع العنف بسبيل آخر ، وفي مجال رضاء صاحب الحق قد يتجاوز الفاعل حدود هذا الرضاء، كما لو اخذت الخادمة من نقود مخدومتها مقدار يفوق ذلك الذي أذنت المخدومة بأخذه.[2]

---

(١) Delogus (T): Les causes de justification cours de doctorat le caire 1954.

(٢) انظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق ، ص ٣٠٠.

ويتحقق التجاوز في حدود الدفاع الشرعي، اذا انتفى شرط التناسب، كما لو ضبط شخص لصا بمنزله - بعد فراره بالمسروقات- فتعقبه ليستوقفه،ولكن دون جدوى، فاطلق على اللص عياراً نارياً في مقتل. (١)

ثالثا: أركان الجريمة التجاوزية:

تقوم الجريمة التجاوزية على ركنين: احدهما موضوعي والاخر معنوي، وهما على النحو التالي:

الركن الموضوعي:

ويتحقق هذا الركن بتحقق شرطين اساسيين:

الشرط الاول: تحقق سبب المشروعية:

ويعنى هذا انه يلزم لاعتبار السلوك - المعاقب عليه بحسب الاصل - مشروعا في ظرف معين، ان يكون مأذونا لصاحبه بمقتضى القانون أن يقدم على فعله في ذلك الظروف، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية ان "البحث في تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي لا يكون الا بعد أن ينشأ الحق ذاته" ولا يكفي توافر الشروط المنشئة لحالة الاباحة وبالتالي قيام تلك الحالة فحسب، بل يتعين أن تظل قائمة بشروطها تلك حتى ارتكاب الواقعة التجاوزية (٢)، أي ان يقترن الفعل التجاوزي زمنيا مع الظرف المبيح ، فاذا انقضت حالة الاباحة بزوال او تخلف أحد شروطها المنشئة قبل تخلف شرط الخطر الحال او الوشيك في الدفاع الشرعي، فانه يمنع وصف الواقعة المرتكبة والتي تستند الى سبب الاباحة بالجريمة التجاوزية .

الشرط الثاني: عدم الالتزام بالحدود المقررة:

فقد رسم الشارع حدود سواء في ممارسة الحق او اداء الواجب يجب الالتزام بها

(١) Tribcorr. De Magenne, Mars 1957, D-1957- 458.

(٢) نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١، مجموعة احكام النقض سنة ١٢ – سنة ٩٠٩.

كشرط لتكامل المشروعية، ويترتب على ذلك أن الخروج عليها او عدم الالتزام بها يكون من شأنه – شأن من لا يستعمل حقا ، وذلك ان غاية النظام القانوني هي التوفيق بين مصالح الافراد والمصلحة العامة، فلا يسمح بطغيان مصلحة على أخرى الا في حدود تلك الغاية. (١)

ويترتب على عدم الالتزام بالحدود المقررة ، تخلف الشرط الحدي ويقصد بالشرط الحدي هنا، الوقوف بالفعل الذي يقوم على سبب اباحة عند حدود الظرف المبيح المقرر قانونا، فاذا كنا بصدد حالة دفاع شرعي مثلا، كان المقصود بالشرط الحدي هو حد التناسب بين فعل الاعتداء والخطر من الداهم الناجم عنه والقدر من رد الفعل الكافي لوقف خطر الاعتداء فاذا جاوز الفعل ذلك الحد تخلف الشرط الحدي، ويتخلف الشرط الحدي مع توافر الشروط المنشئة تقوم الجريمة التجاوزية، اما اذا تخلف احد الشروط المنشئة للظرف المبيح فان توافر الشرط الحدي لا يعني قيام حالة الاباحة، اذ هي لم تقم اساسا لعدم اكتمال شروط قيامها. كما ان تخلف الشرط الحدي لا يعني قيامة حالة التجاوز بالضرورة الا اذا كانت حالة الاباحة قد قامت اساسا بتوافر كافة الشروط المنشئة لها، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض انه " من الخطأ ان تعامل المحكمة المتهم بالمادة ٢٥١ من قانون العقوبات على اعتبار انه تجاوز حق الدفاع الشرعي بعد قولها بانتفاء هذا الحق لان تجاوز حدود الحق لا يتصور مع انعدام ذات الحق.(٢)

الركن المعنوي:

لا يكفي لوصف الواقعة المرتكبة بالتجاوز ان نكون بصدد حالة اباحة اكتملت شروطها المنشئة وتخلف شرطها الحدي ، بل يتعين بالاضافة الى ذلــــك

---

(١) انظر الدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق ص ١٥٧.

(٢) نقض ٣ مارس سنة ١٩٤١، مجموعة أحكام النقض ، ج١، رقم ٦٩ ص ١٨١.

توافر الركن المعنوي حتى تفقد تلك الواقعة صفة المشروعية التي اكتسبتها بقيام الظرف المبيح، وتستعيد صفتها غير المشروعة.

والتجاوز كما سبق ان بينا قد يكون عمداً أو خطأ او تحت تأثير القوة القاهرة.

وقوام العنصر النفسي في الجريمة التجاوزية هو حسن النية .

حسن النية في الجريمة التجاوزية:

ويطلق عليه بعض الفقه" الحدود الشخصية لاستعمال الحق" بمعنى ادراك الفاعل لمشروعية عمله مستهدفا به الغاية التي تقرر من اجلها الحق، ويضيف فقه آخر الى القول السابق بأن هذا الشرط ذو طبيعة شخصية، اذ يفترض تحديد الباعث الى الفعل والتحقق من مطابقته لغاية الحق [١] وهو في ذلك يربط بين حسن النية والباعث على ارتكاب السلوك بحيث يجب ان يتطابق الباعث والغاية التي تقرر من اجلها الحق للوصول الى المشروعية. ونعتقد ان الباعث - احيانا - قد يكون بعيدا عن الصالح العام كما هو مفروض المادة ٢/٣٠٢ عقوبات والتي تجيز الطعن في اعمال الموظف او الشخص ذي الصفة النيابية العامة او المكلف بخدمة عامة ما دام بسلامة نية [٢] وكان لا يتعدى اعمال الوظيفة او القيام او الخدمة العامة، فالمقصود " بسلامة النية" هنا هو توافر الاعتقاد بصحة الواقعة المقذوف بها والا توافرت جريمة القذف.[٣]

والى جانب ما تقدم ، يذهب رأي آخر الى القول " بأن العبرة ان يكون السلوك قد التزم من الناحية الواقعية القيد المادي المرسوم لاستخدام الحق، وبأن

---

(١) انظر الدكتور يسر انور علي، المرجع السابق ص ٣٥٧.

(٢) انظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حد الدفاع الشرعي، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(٣) نقض ٨ يناير سنة ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٩ ص ١٠٦.

يكون قد حقق فعلا الغرض الذي شرع الحق لبلوغه، ولا يلزم فيه بعد ذلك ليعتبر مباحا، ان يكون صاحبة قد التزم القيد المعنوي للحق كذلك ، أي لا يلزم ان تكون نيته قد انصرفت الى تحقيق الفرض من الحق [1] وبناء على ذلك يتوافر حسن النية لدى الاب الذي يصفع ابنه لاعتقاده - بناء على اسباب معقولة - ان ابنه هو الذي قذف صبيا - من زملاء اللعب بحجر اصاب جبهة الصبي ، في حين ان واقع الامر كشف ان الفاعل لم يكن ابنه ، وانما ولد آخر. وفي مجال اداء الواجب يعني حسن النية الاعتقاد بمشروعية السلوك المخالف للقانون ، ويتحقق ذلك اذا ثبت ان الموظف كان يجهل ما ينطوي عليه عمله من مخالفة للقانون لغلطه في الوقائع مما ينفي قصده الجنائي. وبناء على ذلك اذا تحقق سواء نية الموظف - لعلمه بما ينطوي عليه عمله من مخالفة للقانون ، او لجهله بحكم قانون العقوبات ، فان مسئوليته تكون وفقا للقواعد العامة في هذا الشأن، ولا يصح القول بقيام حالة تجاوز أداء الواجب.

رابعا: ذاتية الجريمة التجاوزية:

تبدو ذاتية الجريمة التجاوزية في اختلافها عن الجريمة العادية، والتعسف في استعمال الحق.

أ - التمييز بين الجريمة التجاوزية والجريمة العادية:

تتفق الجريمة التجاوزية مع الجريمة العادية في وصف عدم المشروعية ، الا ان ثمة اختلاف جوهري بينهما من الناحيتين النظرية والعملية.

فمن الناحية النظرية، فان الواقعة- المرتكبة تجاوزا قد بدأت مشروعة اذ توافر الظرف المناسب لاخراجها من سلطان القاعدة التجريمية وادخالها نطاق المشروعية الا ان تخلف الشرط الحدي قد اخرجها من ذلك النطاق الى عـــــدم

---

(١) انظر السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ١٩٠.

المشروعية فانتفت الاباحة المقدرة لها، ان الواقعة التجاوزيـة قد بدأت مشروعة لاقترانها بظرف مبيح، ثم اصبحت غير مشروعة لتخلف الشرط الحديث وانتفاء الاباحة المقدرة لها. ذلك في حين ان ارتكاب جريمـة عاديـة يعني اتصافها بعدم المشروعية من البداية وفي النهاية، فالواقعة الاجرامية بدأت غير مشروعة وانتهت ايضا غير مشروعة دون أن تقترن بظرف يبيحها او تختلف الجريمتان من الناحية العملية، فالجريمة التجاوزية تخرج من نطاق التجريم لاقترانها بظرف يبيحها بداءة ولم يعد من المستساغ اخضاعها مرة ثانية لذات القاعدة عندما يتخطى فاعلها الحدود المقررة للسبب المبيح، ومن ثم فانه من غير المتصور مساواتها بالجريمة المرتكبة مجردة من أي ظرف مبيح، فالفعل الذي يرتكبه الجاني متجاوزا به حدود الاباحة وايا كانت درجة هذا التجاوز قد بدأ مشروعا ولم يخرج به فاعله من القاعدة التجريمية اساسا وان لم يلتزم حدود الاباحة المقررة مما يتعين معه الاعتداد حتما بالظرف المبيح، ذلك الظرف الذي يخرج الفعل من نطاق التجريم، ويظل اثره قائم رغم التجاوز، ويتجسد ذلك الاثر في تخفيف العقوبة او الاعفاء منها حسب الظروف وقد ميزت محكمة النقض في قضاء سابق لها بين تجاوز حدود الاباحة والخروج عن هذه الحدود حيث قضت بانه "اذا كانت الواقعة ان المجني عليه قد لطم المتهم على وجهه فضربه الجاني ضربا شديدا افضى الى موته ، فان المتهم لا يستطيع الزعم انه كان في حالة دفاع شرعي وانه انما تجاوز بحسن نية حدوده، لان ما اتاه هو خروج عن حدود الدفاع الشرعي وليس مجرد تجاوز له [1] وهي تفرقه منتقده لا تقوم على اساس قانوني ذلك ان التجاوز ومهما كان فاحشا ومقترنا بسوء نية الجاني هو في واقع الامر خروج عن حدود الاباحة، أي تجاوز لهذه الحدود، طالما كان مقترنا بقيام الظرف المبيح، والذي ينفي عن الواقعة وصف التجاوز هو انتفاء ظرف الاباحة وليس مجرد جسامة التجاوز مهما كان فاحشا.

---

(١) نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد القانونية، ج٤ ، رقم ٢٩٧ ص ٣٨٧.

وقد أدت الانتقادات التي وجهت الى محكمة النقض الى عدولها عن هذا الاتجاه، حيث قضت" ان من يكون في حالة من حالات الدفاع الشرعي. ثم يقتل المعتدي حيث لا يكون القتل مباحا لا يصح في منطق القانون القول بأنه لم يكن اصلا في حالة دفاع شرعي ، بل كل ما يمكن أن يوجه اليه هو تجاوز حدود حقه في الدفاع". [١]

ب – التمييز بين الجريمة التجاوزية والتعسف في استعمال الحق:

١– في القانون المدني:

نقطة البداية في هذا الصدد هي التساؤل عما اذا كانت عبارة" التعسف في استعمال الحق مرادفه " لعبارة " مجاوزة الحق" ام ان لكل منهما مدلولها الخاص بها؟ يذهب اتجاه في الفقه الفرنسي ويتزعمه "Planiol " الى ان التعسف في استعمال الحق "Labus de droit " لا يعدو ان يكون تجاوزا للحق depassement de droit وهو بهذا المعنى ليس نوعا مستقلا عن العمل غير المشروع لأن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف. [٢]

ويرى اتجاه آخر في الفقه المصري وهو الراجح ضرورة التفرقة بين التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدوده فالاول يفترض ان الشخص يستعمل حقه طبقا لحدوده الخارجية او الموضوعية التي رسمها له القانون ولكن لغير الهدف الذي شرع من اجل مما يضر بالغير، والثاني يتحقق اذا استعمل الشخص حقه على نحو يتعدى او يتجاوز الحدود الخارجية ذاتها التي رسمها القانون.

ويتبين من هذا المفهوم لكل من التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدوده، ان

---

(١) نقض ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ رقم ٧٥ ص ١٨٢.

(٢) Planiol : " Traite elementaire de droit civil Tom II, 10 eme ed, 1932 L.G.D.T.

العمل التعسفي عمل مشروع في ذاته لانه داخل حدود نطاق الحق، وان كان معيب في هدفه او غايته [1] ، بينما العمل المجاور للحق يكون خارج نطاقه، وهو عمل غير مشروع في ذاته أصلا.

ومما يؤيد هذا الاتجاه ان كلمة "حق " لا تحتمل معنى مزدوجا كما هو الحال في فرنسا، حيث ان كلمة "Droit " في القانون الفرنسي تطلق على الحق وعلى القانون معا، ولذا قيل في الرد على الفقيه "Planiol " أن رأيه يقوم على تأويل الالفاظ ، وانه اذا كان من غير المتصور ان يكون العمل الواحد متفقا مع القانون ومخالفا له في نفس الوقت، فليس هناك ما يمنع ان يكون العمل الواحد متفقا مع الحق ويكون في الوقت ذاته مخالفا للقانون. [2]

ويعد من اهم مظاهر هذه التفرقة ان نطاق التعسف لا يقتصر على مجال المسئولية التقصيرية، وانما نجد ايضا له مجال للقيام بدور وقائي، وعلى ذلك فانه بواسطة فكرة التعسف يمكن تجنب وقوع عمل مخالف للقانون ، فقد يلجأ صاحب الحق الى القضاء يطالب بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين، وهنا ينبغي على القاضي ان يتأكد ليس فقط من وجود الحق وانما ان الاستعمال المطلوب لا يحمل معنى التعسف ، فاذا ما كان هذا الاستعمال تعسفيا رفض دعواه وقد حددت المادة الخامسة من القانون المدني المصري حالات التعسف في استعمال الحق، وهي:

---

(١) انظر الدكتور حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، منشأة المعارف سنة ١٩٥٧ ص ١٧٤ ، الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، سنة ١٩٧١ ص ٣٨٥ الدكتور فتحي عبد الرحيم عبدالله ، المدخل للعلوم القانونية – نظرية الحق مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، سنة ١٩٨١ ص ٢٦٧.

(٢) Josser and (Louis) : "Lesprit des droit et leur relativite " 2 em ed , Paris Dalloz, 1927, 245.
مشار اليه عند الدكتور محمد شوقي السيد التعسف في استعمال الحق ، معياره وطبيعته في الفقه والقضاء رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة، سنة ١٩٧١ ص ٧٦.

الحالة الاولى: اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

الحالة الثانية: اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

الحالة الثالثة: اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة.

والسؤال المطروح ما أساس المسئولية في هذه الحالات؟

انقسم الفقه الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: ويرى انصاره ان اساس المسئولية هو الخطأ وبالتالي يسأل الشخص عن تعويض الضرر الناتج عنه طبقا للقواعد العامة المقررة في المادة ١٦٣ من القانون المدني، وهذا الجزاء يجعل من نظرية التعسف مجرد تطبيق للنظرية العامة في المسئولية التقصيرية". [١]

الاتجاه الثاني: ويرى اصحابه ان القول بالخطأ كأساس للتعسف يفترض ان الفعل الذي وقع غير مسموح به في القانون في حين ان استعمال الحق ينصب على أعمال تدخل في نطاق الحق المحدد في القانون ، فلا يمكن أن ينشأ عن هذا الاستعمال أي خطأ اذ لا يوجد الخطأ الا في حالة تجاوزه حدود الحق، اما التعسف في استعمال الحق، فهو انحراف عن الهدف المقصود في تقرير الحق، دون ان يكون خروجا عن نطاقه، ولذا فهو ليس بخطأ ، فالحق ليس مطلقا، ولكن يخضع لنوعين من القيود ، قيود من حيث مداه، والخروج عليها خروج عن نطاقه، وقيود من حيث استعماله أي من حيث غايته والخروج عليها خروج عن هذه الغاية ، ومن ثم يرون استقلال التعسف بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية. [٢]

---

(١) انظر الدكتور اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة عبدالله وهبه ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ١٦٤، الدكتور هلالي عبدالله أحمد ، تحريم فكرة التعسف، دراسة مقارنة بالفكر الاسلامي، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠م ص ٦٢.

(٢) انظر الدكتور فتحي عبد الرحيم عبدالله ، المرجع السابق ، ص ٢٧١.

٢ - في القانون الجنائي:

رأينا كيف تناول القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق، فإلى أي مدى يمكن ان يمتد نطاقها الى مجال القانون الجنائي.

انقسم الرأي الى اتجاهين، ذهب انصار الاتجاه الاول ويتزعمه الفقيهان Antolist, Maggiore الى ان نظرية التعسف ليس لها قيمة بالنسبة لقانون العقوبات طالما لم يرد في ذلك نص صريح في القانون يعتبر التعسف في استعمال الحق جريمة، ذلك ان الافعال هنا انما تمارس داخل الاطار الذي حدده القانون للحق، بينما ذهب الاتجاه الثاني ويتزعمه كل من Gavalla , Mangvine Delogu الى سريان احكام هذه النظرية في نطاق القانون الجنائي ويستندون في رأيهم الى عدة حجج [١] منها أن النظام القانوني وحدة متسقة منزهة عن كل تناقض بين اجزائها ومن ثم فان ما يأمر به او يقرره فرع من فروع القانون ينبغي الا يناقضه فرع آخر تابع لذات النظام، ولذلك فانه متى رسم القانون المدني حدود استعمال الحق وبين أحوال التعسف ، فان القانون الجنائي لا يستطيع ان يغض الطرف عن ذلك بغير ان يحدث تناقضا [٢] في النظام القانوني، ثم ان القانون الجنائي وان تدخل بالتنظيم في كافة العلاقات القانونية التي تنشأ عن فروع القانون المختلفة فان هذه الوظيفة تحتم عليه ان يراعي المبادىء المقررة في هذه الفروع واحترامها ، فاذا تدخل مثلا لحماية حق الملكية بتجريم السرقة ، فانه يتعين ان يحترم الحالات التي لا تعد فيها جريمة السرقة قائمة بسبب وجود علاقة بين صاحب الحق واخذه، كعلاقة الامانة او الوديعة، أي ان القانون الجنائي مضطر بالضرورة الى احترام قواعد فروع القانون الاخرى لا سيما اذا كانت هي المصادر التي تنبع عنها الحقوق التي يتكفل بحمايتها. [٣]

---

(١) انظر الدكتورة خلود آل معجون ، النظرية العامة للاباحة ، المرجع السابق ص ٥١٢.

(٢) انظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للاباحة، المرجع السابق ص ٤٩١.

(٣) انظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق ص ٤٩٣.

والواقع ان نظرية التعسف في استعمال الحق من المبادىء العامة التي تهيمن على جميع فروع القانون المختلفة. وقد افصح المشرع المصري عن أخذه بهذه الرأي صراحة في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانوني المدني في قوله:" ان المشرع قد احل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، واذا كان القضاء قد رأى ان يستند في تطبيقها الى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، وانما بسطه على هذه النواحي جميعا، بل وعلى نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الاحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، وانها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه الى القانون العام.[١]

والواقع ليس ثمة ما يمنع في صحيح القانون من امتداد مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الى نطاق القانون الجنائي الا ان ذلك لا يفيد بالضرورة ان التعسف في استعمال الحق والتجاوز فيه شيء واحدا او ان التجاوز صورة من صور التعسف كما ذهب رأي في الفقه[٢] ، ذلك أن ثمة فارق بينهما ولا يجوز الخلط بينهما، وبالتالي فالخروج عن حدود الحق انما يعني ان صاحب الحق يقوم بعمل يجاوز حدود حقه المرسومة قانونا، اما التعسف في استعمال الحق فانه يعني ان صاحب الحق يستعمل سلطة من السلطات التي تدخل في مضمون الحق ولا تجاوز حدوده ولكنه- أى صاحب الحق - يسيء استعمال هذه السلطة، هذا من جهة ومن جهة اخرى ، فان التعسف في استعمال الحق يعتبر مشروعا في ذاته لانه استعمال لحق، ولكنه معيب في غايته، أما الخروج عن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٠٧.

(٢) انظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق ص ٤٣٢.

حدود الحق فانه عمل غير مشروع في ذاته اصلا. [١]

والخلاصة: اذا كان للتفرقة بين التعسف في استعمال الحق والتجاوز فيه اهميتها في القانون المدني، فان هذه الاهمية تبدو اكثر وضوحا في القانون الجنائي، واول مظاهر هذه الاهمية تكمن في ان التعسف في استعمال الحق لا يكون الا عمديا، فهو يقترن دائما بسوء النية اما التجاوز في استعمال الحق فقد يكون عمـدا او خطـأ، ولا شك ان لذلك اثره على التكييف القانوني للواقعة المرتكبة [٢] وثاني هذه الاهمية تبدو في ان الشخص المتعسف انسان سيء النية يريد ان يتحايل على احكام الشرع والقانون، ويتخذ من وسيلة مشروعه هي استعمال الحق لغاية غير مشروعة، ولذا ينبغي ان يرد سوء قصده عليه، وتكون مسئوليته كاملة على مجرد تعسفه.

٣ – **في الفقه الاسلامي:**

لم تتضمن كتب القدامى من فقهاء المسلمين تعريفا للتعسف في استعمال الحق، وقد حاول بعض المحدثين من فقهاء المسلمين تعريف التعسف بأنه" تصرف الانسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا". [٣]

بيد أن هذا التعريف يخلط بين التعسف في استعمال الحق والتجاوز فيه.
ويعرف البعض الاخر التعسف بانه:" استعمال الحق لا المصلحة معتبره شرعا، فالحق مشروع في ذاته ولا تجاوز او تقصير، وعدم المشروعية ترجع الى الغاية المتوخاة منه". [٤] وهذا التعريف لا يخرج عن التعريف الذي أشرنا اليه في

---

(١) انظر الدكتور حسن كيرة ، اصول القانون – الطبعة الثامنة ص ١٠٩٢.

(٢) انظر الدكتور هلالي عبداللاه أحمد ، تجريم فكرة التعسف، المرجع السابق ص ٢٢٩.

(٣) انظر الشيخ أحمد فهمي ابو سنه، نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ، مطبوعات المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ص ١٠.

(٤) انظر الدكتور محمد زكر السيد عبد الغني، نظرية الاتلاف في رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر ١٩٨١، ص ٦٩.

القانون الوضعي وهو" استعمال الحق لغير المصلحة، أو الهدف الذي شرع من اجله مما يضر بالغير. وقد خلط فقهاء المسلمين كما سبقهم في ذلك الخلط فقهاء القانون الوضعي بين التعسف في استعمال الحق وتجاوزه فقد بين بعضهم التعسف على فكرة التعدي [١] وقد حصر الفقه الاسلامي حالات التعسف في استعمال الحق. في الحالات التالية:

الحالة الاولى: استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار بالغير:

فيقول الله سبحانه وتعالى:" واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا..." [٢]

ووجه الاستدلال من هذه الآية ان امساك الزوجة بالرجعة حق للزوج ، وقد أمر الله تعالى باستعماله على نحو مشروع ونهى عن استعماله بصورة يقصد بها الاضرار فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن الضرار، والضرار أن يطلق الرجل امرأته ثم يراجعها عند آخر يوم يبقى من الاجل بقصد الاضرار بها.

ويؤيد ذلك ما روى في سبب نزول هذه الآية الكريمة، كما اخرج ابن جرير وابن المنذر ان رجلا من الانصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها الا يومين او ثلاثا راجعها ثم طلقها، فعل بها ذلك حتى مضت لها تسعة اشهر بقصد الاضرار بها لا بقصد رجعتها، فنزلة الآية الكريمة تنهى عن الضرار بالزوجة. [٣]

وقال الله سبحانه وتعالى:" لا تضار والدة لولدها ولا مولود له بولده" [٤].
وجه الاستدلال من هذه الآية ان الله تعالى نهى عن الاضرار الواقع من احد الزوجين بالآخر بسبب الولد وذلك بأخذ الوالد ولده من أمه، وهذه اضرار بها اذ يلحق الضرر بقلبها الذي امتلأ حبا لولدها، فيحرمها منه ولا سيما ان الشارع

---

(١) الشيخ أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق ص ٦٧.
(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٣١.
(٣) تفسير الطبري ج٢ ص ٢٩٥.
(٤) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٣.

اثبت لها حق الحضانة، فلا يجوز للأب ان ينتزع ولده من أمه وهو صغير، ولا يجوز للأم أن تدفع الولد الى ابيه وتمتنع عن ارضاعه قاصدة الضرر بالاب وذلك للبحث عن مرضعة أخرى، فقد لا يقبل غير امه، وقد يكون الأب معسرا لا يجد أجرة المرضعة، كما تضمنت الآية الكريمة تحريم الضرر الواقع بالمولود نفسه [١] فقد نهت الابوين عن الضرر بالولد الذي يلحقه بسبب فعل احدهما.

الحالة الثانية: عدم تناسب مصلحة الحق مع الضرر الذي يصيب الغير:

ومن أمثلة ذلك ما قضى به الرسول عليه الصلاة والسلام في قضية سمرة بن جندب بقلع النخلة دفعا للضرر الاشد بالاخف فقد روى ابو جعفر محمد الباقر بن علي زين العابدين انه قال: كان لسمرة بن الجندب نخل في حائط رجل من الانصار، وكان يدخل عليه هو واهله فيؤذيه، فشكا الانصاري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام: بعه فأبى سمرة، قال: فاقلعه، فأبى قال: فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم" أنت مضار" ، ثم قال لصاحب الحائط، "اذهب فاقلع نخله".[٢] ووجه الاستدلال من هذا الحديث ان الرسول صلى الله عليه وسلم اجرى موازنة بين المنفعة التي تعود على صاحب النخلة والضرر الذي يصيب صاحب النخلة والضرر الذي يصيب صاحب الدار وعندما وجد مصلحة مالك النخلة تافهة فقد قضى بخلعها منعا من تعسف صاحب هذه النخلة.

الحالة الثالثة: عدم مشروعية المصلحة:

تلعب المصلحة دوراً مزدوجا في الشريعه الاسلامية فهي من ناحية مصدر من مصادر التشريع عند من يأخذون بالمصالح المرسلة، وهي من ناحية أخرى

---

(١) انظر الدكتور هلالي عبداللاه احمد، تجريم فكرة التعسف المرجع السابق ص ٦٩.

(٢) الطرق الحكمية، لابن القيم الجوزية ص ٢١٠.

غاية للتشريع والاحكام ، وهي بهذا الوصف تصبح قيدا على استعمال الحق ، يتعين على صاحبه أن يحقق به غايته، ويمكن أن نمثل لهذه الحالة بما اخرجه البخاري عن النعمان بن بشير أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فصار بعضهم اعلاها وبعضهم اسفلها، وكان الذي في اسفلها اذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو انا خرقنا من نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا، فان تركوهم وما ارادوا هلكوا جميعا، وان اخذوا على ايديهم نجوا جميعا [١] ووجه الاستدلال من هذا الحديث الشريف ان الذين في اسفل السفينة لهم ان يستعملوا نصيبهم وحقهم استعمالا مشروعا، كالنوم والجلوس وما شابه ذلك ، ولكنهم لما أرادوا استعمال هذا الحق استعمالا يؤدي الى الاضرار بهم وبغيرهم اضرارا جسيما لا يبرره ارادة التخفيف في الجهد الذي يبذلونه عند الشرب، منعوا في ذلك ، لأن هذا التخفيف سيؤدي الى هلاكهم وشركائهم في السفينة وذلك خارج عن الغاية التي من اجلها شرع الحق. [٢]

---

(١) انظر الدكتور محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص ٧٢.

(٢) انظر الدكتور محمد زكي السيد عبد الغني، نظرية الاتلاف ، المرجع السابق ص ٧٢.

الفصل الثاني
أثر مبدأ حسن النية في العقوبة

تمهيد وتقسيم:

يقوم مبدأ حسن النية بدور في مجال العقوبة اكثر وضوحا عن مجال التجريم، ويكاد ينعقد الاجماع على الاعتراف بهذا الدور من حيث المبدأ.

وحتى نخرج بنظرية محددة وتطبيقات مفصلة في هذا الصدد ، يجب أولا تحديد الضوابط التي تحكم دور حسن النية في هذا المجال ثم بيان دور مبدأ حسن النية في العقوبة من حيث التخفيف والتشديد.

المبحث الاول
ضوابط دور مبدأ حسن النية في العقوبة

تقسيم:

ويمكن تقسيم هذا المبحث الى فصلين نتناول في الاول دور مبدأ حسن النية في تحقيق العدالة والاصلاح، ونتعرض في الثاني الى مدى اتخاذ مبدأ حسن النية ضابطا للسلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الاول
دور مبدأ حسن النية في تحقيق العدالة والاصلاح

ان الاهتمام بمبدأ حسن النية في قانون العقوبات يتيح الفرصة لتطبيق مبدأ هام في السياسة العقابية، هو مبدأ تفريد العقوبة individualisation ، الذي صار أحد دعائم السياسة الجنائية المعاصرة.

وتعنى فكرة التفريد أن يتم تصنيف المجرمين الى انماط مختلفة باختلاف العوامل والظروف التي دفعتهم الى الجريمة، والتفريد بهذا المعنى يحقق أمرين هامين هما: العدالة والاصلاح، ونعتقد بأن هذين الامرين يكفيان لتبرير دور مبدأ حسن النية في مجال العقوبة، ومن ثم فانه ينبغي أن يضع كلا من المشرع والقاضي نصب عينيه عند تحديد أو تقدير العقوبة مدى انسجامها مع فكرتي العدالة والاصلاح.

أولا: دور مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة:

من المسلم به اليوم ان العدالة لا تعنى مجرد المساواة المادية بين الضرر والعقوبة، بل لا بد من النظر الى قصد الفاعل الذي احدث ذلك الضرر ، غير ان هذا لا يكفي لتحقيق قدر مثالي من العدالة بل لا بد من النظر الى نية الشخص المذنب، اذ ربما كانت حسنة تدعو للرأفة ، وربما كانت سيئة تدعو للتشديد وهذا يعني ان اهمال النية يجافي العدالة.

ويمكن الاستناد في تأكيد هذه الفكرة الى أن الاتجاه الحديث في السياسة الجنائية يميل الى اعطاء الشخصية الجانحة مزيدا من الاهتمام بحيث توزن طبيعتها واتجاهاتها .عند تحديد درجة المسئولية الجنائية، وما دام قد ثبت ان هذه الشخصية انما تتحدد بمجموعة المواقف الفعلية للفرد النابعة من بواعثه الذاتية [١]، فان هذا يعني ان تلك النية هي احسن المعايير الكاشفة عن تلك الشخصية.[٢]

وتقوم النية بهذا الدور الكاشف عن طبيعة الشخصية بطريقتين:

الاولى: انها قد تكشف عن اضطرابات نفسية أو عصبية أو شذوذ في القوى العقلية او النفسية بصورة تشبه المرض الذي يشل الى حد ما - الارادة الطبيعية للشخص.

الثانية: ان النية قد تكشف عن شخصية شريرة متعطشة للاجرام تنطوي على خطورة بالغة، وهذا يثبت في حالة اتجاه النية الى الاضرار بالغير او الغش او التدليس.

كما ان النية قد تكشف عن نفسية سليمة لا تميل الى الشر ولا ترغب فيه، وانما

---

(١) Marangapoules (A.Yotopoulous) : les mobiles du debit Paris – 1973 P. 211.

(٢) Bouzat (P) et pinated : traite de droit penol et de criminolog'e tomel, Droit penal general, Paris, 1970, No. 173, P256.

طرأت عليها الجريمة بصورة عارضة بسبب الظروف التي أدت الى اعتقاده الخاطيء.

وانطلاقا من هذا المنطق السابق فقد وضع الفقيه الالماني "OSCARKRAUS" مقياسا ذا شقين لجعل العقوبة اكثر عدلا، الاول: الضرر، والثاني الرغبة المحرضة بحيث يتناسب العقاب مع صفة تلك الرغبة من الوجهة الاخلاقية.

وقد يتبادر الى الذهن ان المنطق السابق يقود الى عدم المساواة في تطبيق العقوبة، ولكن المساواة لا تعني مجرد تطبيق النص القانوني على جميع من يرتكبون ذات الجريمة ، بل تعني النظر الى ظروف واحوال الجناة فمن يقتل ليدفع عن نفسه خطر محدق ليس كمن يقتل ليأخذ مال القتيل، لذلك نجد المساواة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل جريمة، والتي تختلف من شخص الى آخر، بل والنسبة لذات الشخص من حالة الى أخرى، وهذا لا يؤثر على العدالة بل يؤكدها[1].

ثانيا: دور مبدا حسن النية وتحقيق الاصلاح:

ومن المسلمات ايضا ان الاصلاح هو احد الاغراض الرئيسية للعقوبة، ونعتقد بأن فكرة الاصلاح لا يمكن أن تؤتي ثمارها الا اذا روعيت البواعث التي دفعت الجاني الى ارتكاب الجريمة، وذلك لأنها من المؤشرات الهامة الدالة على شخصيته والكاشفة عن نيته. وبذلك ينبغي على المشرع والقاضي وسلطة التنفيذ مراعاة البواعث والتعامل مع الجاني على أساسها، وهذا يقتضي اتباع نظام السلطة التقديرية، ونظام التصنيف داخل المؤسسات العقابية.

---

(١) انظر الدكتور مأمون محمد سلامه، اصول علم الاجرام، المرجع السابق ص ٣٠٠.

على أن جانبا من الفقه [١] يشكك في صلاحية بعض صور العقوبات- كالسجن مثلا- لتحقيق الاصلاح - وخاصة اذا كان المجرم قد ارتكب جريمته بوازع اجرامي متأصل في نفسه، وذلك لعدم امكانية الاحاطة مسبقا بالمدة اللازمة لازالة تلك النوازع المتأصلة ، ثم ان عملية الاصلاح تقتضي الاستدلال على شخصية الجاني، وهو امر بالغ الصعوبة لما يقتضيه من الغوص في أعماق النفس والكشف عما بداخلها الاجرامية، ولكن هذا القول لا يقلل من القيمة العملية لفكرة الاصلاح عن طريق الاهتمام بالنية او البواعث الدالة على النزعة الذاتية.

المطلب الثاني

دور مبدأ حسن النية في سلطة القاضي التقديرية

أولا: **سلطة القاضي التقديرية في استخلاص النية:**

استلهم القضاء قصد المشرع في استخلاص حسن النية ، فتوافرت احكامه ملتزمة خطة المشرع في هذا الشأن، مع ملاحظة أن حسن النية مسألة وقائع تتمتع بها محكمة الموضوع بحرية تقدير واسعة للظروف والملابسات التي تحيط بكل حالة على حدة. ولهذا حكم بأن لقاضي الموضوع ان يفصل نهائيا فيما اذا كان سوء القصد متوافرا عند المتهم من عدمه، وليس مقيدا بقواعد اثبات خاصة كضرورة وجود عداء بين المجني عليه والمتهم، بل ان سوء القصد يصح استنتاجه من ظروف الدعوى والقرائن - ولا يعفى القاذف من العقاب بكونه نقل الاخبار التي ذكرها عن غيره من الناس او من الجرائد [٢] ،وحكم بأنه يجب لتطبيق المادة ٣٠٢ عقوبات أن يحصل الانتقاد بطريقة معتدلة ولخدمة المصلحة العامة لا أن يكون الباعث شفاء ضغائن وأحقاد شخصية، وحكم بأن المتهم

---

(١) M. Ploscowe P. 38.
اشار اليه الدكتور مأمون محمد سلامه ، في المرجع السابق.

(٢) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، مجلة الشرائع س٢ ص ١١٤.

يستحق الادانة اذا كانت العبارات المنسوبة اليه قاذعة وجاءت باسلوب عام لا تبرز فيه واقعة معينة بالذات، او اذا كان من شأن صفة التعميم التي استعملها التشهير الصريح، فانه في هذه الحالة لا يقبل القول بحسن نيته [1]. وادين غفير اطلق مقذوفا ناريا على سائق احدى صيادي السمك لارهابه ظنا انه لص ولم يكن في ظروف الواقعة ما يدعوه الى هذا الظن ، وقالت محكمة النقض في ذلك ان القانون يشترط لتبرير فعل الموظف فوق ان يكون حسن النية التحري والتثبت [2] وادين شرطي مرور بالقتل خطأ لاطلاقه عيارين ناريين على سيارة لم يمتثل قائدها لامر الوقوف للتفتيش، وادعى الشرطي المتهم ان هناك تعليمات تسمح له بضرب اطار عجلة السيارة في حالة الاشتباه، لكن لم يثبت وجود هذه التعليمات- وقالت المحكمة أنه لا يغني الاعتقاد للموظف بصدور الامر عن حقيقة صدوره فعلا، والتثبت من صدور الامر لا غنى عنه لتوافر حسن النية. [3]

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في العقوبة:

اتجهت بعض التشريعات الى اعطاء القاضي سلطة تخفيف العقوبة في حالة التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي دون قيد في غير ذلك من احوال[3]، وهذا الموقف يكشف عن نوع المعاملة المخففة التي يجب ان يلقاها المتجاوز عن حد الدفاع الشرعي، وهو ما قصده المشرع المصري، الا ان نص المادة ٢٥١ على العكس من ذلك قد يؤدي الى تشديد العقوبة على من يرتكب جريمة غير عمدية بسبب التجاوز عن حق الدفاع وتوفيقا بين حكم القواعد العامة وقصد المشرع نرى ان سلطة القاضي تتحقق وفقا للتدريج الآتي:

---

(١) نقض ٦ مارس سنة ١٩١٥، المجموعة الرسمية س ١٦ ص ١٥٥.

(٢) نقض ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ج٢ رقم ٣٣٣ ص ٤٨١.

(٣) نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٥٧، احكام النقض س ٥ رقم ٢٠ ص ٧٦.

١ - الحكم بالعقوبة الاصلية للجريمة العمدية دون تخفيف .

٢ - الحكم بالعقوبة الاصلية المقررة مع تخفيف العقوبة طبقا للمادة ١٧ عقوبات.

٣ - الحكم بعقوبة الحبس .

٤ - الحكم بالعقوبة المقررة للجريمة غير العمدية التي يرتكبها الجاني عندما يتجاوز بحسن نية حد الدفاع الشرعي.

ويمارس القاضي سلطته التقديرية وفقا لدرجة التجاوز التي يرتكبها الجاني او حالة الاستفزاز التي يمر بها، فاذا كان التجاوز بسيطا او ترتب على اصابة الجاني من استفزاز كبير امكن تطبيق العقوبة المقررة للجريمة غير العمدية او الحكم بعقوبة الحبس وجدير بالملاحظة ان دور المادة ٢٥١ عقوبات يقتصر على توسيع دائرة السلطة التقديرية للقاضي حتى تغطي كافة درجات التجاوز التي يمكن أن يتردى فيها المتهم. [١]

ولذا يجب التوفيق بين العقوبة المقررة للجريمة غير العمدية والسلطة التقديرية التي منحها القانون للقاضي في المادة ٢٥١ عقوبات للحيلولة دون رمي المشرع بالتناقض وتنزيها له من العيب. [٢]

والقول بتجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي من اختصاص قاضي الموضوع اذ يتطلب بحثا في وقائع الدعوى ومقارنة بين جسامة الخطر وجسامة فعل الدفاع.[٣] والقول بتوافر النية السليمة او انتفائها هو كذلك من شأن قاضي الموضوع [٤]، وتحديد ما اذا كان التجاوز ذو النية السليمة جديرا بالتخفيف

---

(١) من هذه التشريعات قانون العقوبات السويسري ، قانون العقوبات اليوغسلافي، وقانون العقوبات النرويجي.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق ص ٢٩١.

(٣) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ٢٠٩ ص ٩٩٦.

(٤) نقض ١٥ ابريل سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٤٩١ ص

الذي تقرره المادة ٢٥١ عقوبات ام يكفي في شأن التخفيف الذي تقرره المادة ١٧ عقوبات ام انه جدير بالعقوبة العادية لجريمته يختص بـه قـاضي الموضـوع وفقـا لما يستخلصه من وقائع الدعوى وخاصة ما تعلق بمقدار التجاوز، وتراقب محكمة النقض استنتاج قاضي الموضوع فاذا كان ما استخلصه لا يتفق عقـلا ومـا اشـتبه من وقائع فلمحكمة النقض ان تصحح حكمه.

المبحث الثاني
أثر مبدأ حسن النية في العقوبة من حيث التخفيف والتشديد

تمهيد وتقسيم:

مبدأ حسن النية قد يكون سببا لتخفيف العقوبة، وقـد يكـون سـبباً فـي تشـديد العقوبة عن الاخلال به، لـذا يمكـن تقسيم هذا المبحث الـى مطلبيـن علـى النحـو التالي:

المطلب الاول: اثر مبدأ حسن النية في تخفيف العقوبة.

المطلب الثاني: أثر الاخلال بمبدأ حسن النية في تشديد العقوبة.

المطلب الاول
أثر مبدأ حسن النية في تخفيف العقوبة

قد تؤدي حسن النية الى تخفيف العقوبة وقد تؤدي الى الاعفاء منها:

اولا حالات التخفيف:

أ – عذر قبول العملة المزيفة بحسن نيـة تنـص المـادة ٢٠٤ عقوبـات علـى أن" كل من قبل بحسن نية عملة مقلدة أو مزيفـة او مـزوره ثـم تعـامل بهـا بعـد علمـه بعيبها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثـة أشـهر او بغرامـة لا تتجـاوز مـائتيز جنيه " وقبل هذه المادة نصـت المادتـان ٢٠٢ و ٢٠٣ عقوبـات علـى معاقبـة مـز يرتكب احد جرائم التزييف بالاشغال الشاقة المؤقته، ويتعيـن فضـلا عن هـــــده

العقوبة مصادرة العملة المزيفة طبقا للمادة ٢/٣٠ عقوبات باعتبار أنها مما يعد صنعه او نحوه جريمة في ذاته.

فحسن النية الوارد في المادة ٢٠٤ كان بمثابة عذر مخفف للعقوبة، فمتى قبل أحد الاشخاص عملة مزيفة بحسن نية دون أي علم بما يشوبها من تزييف فلا يتوافر في حقه حيازة عملة مزيفة ، اما اذا وضعها في التعامل بعد أن علم بهذا العيب، كان الاصل هو وجوب مساءلته عن جريمة الترويج الا ان المشرع خرج عنه في المادة ٢٠٤ عقوبات اذ عاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر او بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها كل من توافر لديه حسن النية عن قبول العملة كل من قبل بحسن النية عملة مقلدة أو مزيفة أو مزوره.

وتفترض هذه الجريمة أن الجاني قد قبل العملة المزيفة في التعامل، ويستوي أن يكون الجاني قد حصل على العملة بطريق مشروع، او بوسيلة غير مشروعة كالنصب مثلا ولا يغني عن هذا الشرط أن يكون الجاني قد زيف العملة او ادخلها البلاد بحسن نية [١] كما لا يصلح بديلا عنه ان يكون قد حازها بحسن نية لحساب احد الاشخاص أو حصل عليها بناء على سرقة او تبديد غير عالم بما فيها من عيب ، لأن القانون قد انصرف مراده الى حالة اخذ العملة في التعامل، حيث يحتمل خداع الجمهور بالتزييف.

ويتعين ان يكون الجاني حسن النية وقت قبوله العملة المزيفة، اما اذا كان الجاني قد اعتقد بأن العملة ربما تكون مزيفة الا انه قبل هذا الاحتمال واضعا في ذهنه انه سوف يروجها بدوره بين الجمهور، فان القصد الاحتمالي يكون متوافرا لديه [٢] ويتعين عقابه عن جريمتي حيازة عمله مزيفة وترويجها، ويكفي ان يكون

(١) Manzimi Vol. 6. No. 2132 P. 469.

(٢) Logoz, Vol. 2, art 242, P. 499.

حسن النية معاصرا لواقعة استلام العملة المزيفة، فلا عبرة بما اذا ساءت نيته بعد ذلك.

ويقع على المتهم عبء اثبات حسن نيته، فان عجز عن هذا الاثبات يتعين مساءلته وفقا للقواعد العامة في جرائم التزييف [١] واذا ثار الشك في مدى توافر حسن النية، تعين تفسيره لصالح المتهم.

ب – عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي بنية سليمة:

١ – تحديد مفهوم التجاوز:

تنص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على انه: " لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي اثناء استعماله اياه دون أن يكون قاصدا احداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع. ومع ذلك يجوز للقاضي اذا كان الفعل جناية ان يعده معذورا اذا رأى لذلك محلا وان يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون".

ويفرق القانون بين نوعين من التجاوز: التجاوز بنية سليمة والتجاوز دون هذه النية، وضابط التفرقة هو النية، وقد عرف القانون المدافع ذا النية السليمة بانه من لا يقصد احداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع، وفي تعبير آخر يعني حسن النية اعتقاد المدافع أن القانون يخوله ارتكاب الفعل الذي اقترفه ، وان ما قام به من افعال هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر [٢] ويرى البعض[٣] ان ضابط التفرقة بين نوعي التجاوز هو توافر الخطأ غير العمدي او توافر العمد - فان لم يتوافر غير الخطأ فالتجاوز بنية سليمة، اما اذا تعمد المدافع تخطى حدود الدفاع فالتجاوز غير مقترن بنية سليمة.

---

(١) انظر قضاء النقض الايطالي

Cass. 28, Mar 20, 1950. 1949, P. 492.

(٢) نقض اول يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج٥ رقم ٤١٥ ص ٦٧٠.

(٣) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٢٣٦.

٢ - تكيف التجاوز في القانون المقارن:

لم تنتهج التشريعات المختلفة نهجا واحدا في تكييف التجاوز في الدفاع الشرعي من حيث كونه عذرا قانونيا مخففا او معفيا او ظرفا قضائيا، كما ان التكييف القانوني لفعل التجاوز في الدفاع لا زال محل خلاف كبير في الفقه سيما وانه يترتب على هذا التكييف اهمية عملية في مجالات تقدير العقوبة وسلطة محكمة الموضوع والنتائج المترتبة على طبيعة العقوبة المقضي بها. فمن التشريعات ما ذهبت الى اعتباره طرفا قضائيا مثل قانون العقوبات الروسي في المادة ٣٣ منه، ومن التشريعات ما لم ينص صراحة على اعتباره ظرفا قضائيا الا ان تطبيق القواعد العامة فيها تؤدي الى هذه النتيجة ، مثلا قانون العقوبات الفرنسي والتشريع اليوغسلافي (في المادة ١١ منه) اعتبر التجاوز في الدفاع ظرفا قضائيا مخففا تخول للقاضي سلطة تخفيف العقوبة او الاعفاء منها نهائيا واخذ ذات النهج قانون العقوبات البولندي وقانون العقوبات السويدي".[١]

والبعض الآخر من التشريعات اعتبرت التجاوز في حدود الدفاع الشرعي عذراً قانونيا مخففا ، مثل قانون العقوبات اليوناني المادة ٢٣ قانون العقوبات الاسباني المادة ٩.

٣ - تحديد طبيعة عذر التجاوز بنية سليمة في القانون المصري:

اختلف الرأي في تحديد طبيعة هذا العذر، فقيل انه عذر قانوني مخفف لورود النص به صراحة، وبذلك يكون له ما للاعذار القانونية من الاثار فيتقيد به القاضي فلا يجوز له ان يتجاوز الحد الاقصى للحبس اذا ما رأى ان شروطـــه

---

(١) انظر الدكتوره خلود سامي عـــزاره آل معجــــون، النظرية العامة للاباحة، المرجع السابق ص ٥٠٠.

متوافرة ، ويكون من شأنه ان يؤثر في نوع الجريمة فيقلبها الى جنحة عند من يرى ان للعذر القانوني هذا الاثر.[1]

وقيل انه لا يخرج عن ان يكون ظرفا قضائيا مخففا من نوع ما هو منصوص عليه في المادة ١٧ من قانون العقوبات اختص بحكم استثنائي في التخفيف يختلف عن الحكم العام المقررة بالمادة المذكورة.

والواقع ان تجاوز حد الدفاع الشرعي بنية سليمة عذر من نوع خاص جمع معاني كل من النوعين، وهو مع ذلك يختلف عنهما جميعا، فهو يتفق مع الاعذار القانونية في أن الشارع خصه بالنص وقصره على حالة معينة، هي تجاوز المدافع حدود حقه، ويختلف عنها في ان التقدير فيه اختياري مرجعه الى القاضي وما يراه بحسب ظروف الواقعة، وليس هذا شأن العذر القانوني بالمعنى الصحيح وهو في ذلك يتفق مع الظروف القضائية المشار اليها في المادة ١٧ من قانون العقوبات، ويظهر ان هذه الطبيعة المختلطة في مدى رقابة محكمة النقض على ما تقرره محكمة الموضوع في شانه، فهو باعتباره مقصورا على حالة معينة بشروط خاصة ، يخضع لرقابة محكمة النقض، ولكن الاخذ به في حدود هذه الحالة، عند توافر الشروط التي تسمح به موضوعي ، الرأي فيه لمحكمة الموضوع بغير رقابة عليها من محكمة النقض وفيما عدا ذلك لا أثر له في وصف الجريمة، ولا في سلطة القاضي في تقدير العقوبة فهو من حيث اثاره لا يختلف عن الظروف القضائية [1] ويستند البعض [2] في اعتبار التجاوز ظرفا قضائيا الى تمتع القاضي في شأنه بسلطة تقديرية تخول له تخفيف العقاب او عدم تخفيفه ويرى ان النص عليه في القانون يرجع الى تقدير الشارع ان السلطة التقديرية التي تخولها للقاضي المادة ١٧ من قانون العقوبات غير كافية، فأراد

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، القسم العام المرجع السابق ٢٣٨.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ، ص ٢٣٩.

التوسع فيها، وكون القاضي لا يزال يحتفظ بهذه السلطة هو الضابط في اعتبار هـذا السبب للتخفيف ظرفا قضائيا ينص القانون عليه لعلة خاصة.

٤ - حكم تجاوز حدود الدفاع:

يرتب القانون على تجاوز حدود الدفاع وجوب مساءلة المدافع عن الجريمة التي ارتكبها ، ولكنه يوسع سلطة القاضي في حرية تقدير العقوبة، فله ان يحكم بالعقوبة المقررة اصلا في القانون اذ وجد أن التجاوز كبير لا يغتفر، وله ان يخفف العقاب المقرر بالقانون وفقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات اذا كانت الواقعة جناية تطبيقا للقواعد العامة في ظروف الرأفة، فاذا وجد ان حالة المدافع تقتضي تخفيف العقاب الى اكثر مما تسمح به حدود هذه المادة فله ان يعد المدافع معذورا ويحكم عليه بعقوبة الحبس وحدها الادنى أربع وعشرون ساعة، أيا كانت العقوبة المقررة للجناية التي وقعت.

وهذا العذر مقصور على الجنايات، اما اذا كان الفعل جنحة فان عدم وجود حد ادنى للعقوبة في الجنح يدعم القاضي سلطة مطلقة في النزول بالعقوبة التي يحكم بها الى الحد الادنى المقرر قانونا لعقوبتي الحبس والغرامة، ويتعين لجواز اعتبار المدافع معذوراً أن يكون حسن النية في فعله، ويكون كذلك اذا كان قصده من الفعل متجها الى الدفاع معتقدا أنه يستعمل القوة اللازمة بغير زيادة وتقدير ذلك متروك لمحكمة الموضوع بغير رقابة عليها فيه من محكمة النقض ما دامت قد دللت على ما استخلصته بادلة معقولة. [1]

---

(١)نقض ٥ ابريل سنة ١٩٣٧ ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٧ رقم ٧١ ص ٧١، ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ ، مجموعة محكمة النقض س ٤ رقم ٢٩٨ ص ٨٢٠، اول ديسمبر سنة ١٩٥٣ س٥ رقم ٤٢ ص ١٢٨.

ثانيا: صور الاعفاء من العقوبة:

أ - اخبار السلطات:

نص القانون على هذا السبب لاعفاء المتهم من العقاب في حالات عديدة ، فقد نصت المادة ١/٢٠ عقوبات على " انه يعفى من العقاب كل من بادر من الجناة بأخبار الحكومة بتلك الجنايات قبل استعمال العملة المقلدة او المزيفة او المزورة وقبل الشروع في التحقيق ولا يكون لهذا الاخبار اثره في الاعفاء من العقاب: الا اذا توافر شرطين:

الاول: ان يتحقق قبل استعمال العملة المزيفة، وقضى بأن الاخبار الذي يبرر الاعفاء من العقاب هو الذي يبين نوع الجريمة وكيفية ارتكابها، ومكانها وزمانها، وغير ذلك من المعلومات التي تفيد في معرفة الجريمة.

الثاني: أن يتحقق الاخبار قبل الشروع في التحقيق [١]، وليس المقصود بالتحقيق هنا التحقيق القضائي بمعناه الضيق الذي تتولاه النيابة العامة او قاضي التحقيق، وانما التحقيق بمعناه الواسع الذي يشمل اجراءات الاستدلال. [٢]

ونصت أيضا المادة ٢١٠ عقوبات على الاعفاء من العقاب لمرتكبي جرائم التزوير المنصوص عليها في المادتين ٢٠٦ و ٢٠٦ مكرر ا اذا اخبروا الحكومة بالجريمة.

ويعفى ايضا من العقاب وفقا للمادة ١٠٧ مكررا من قانون العقوبات الراشي والوسيط اذا اخبرا السلطات بالجريمة او اعترف بها، وعلة الاعفاء من العقاب في هذه الحالة ان الرشوة جريمة تتصف بالسرية والكتمان، ومن النادر ان يكون هناك اثار تدل على وقوعها، ولذلك فان الذي يخبر عنها يقدم للمجتمع خدمة تجعله جديرا بالاعفاء من العقاب . والاعفاء قاصر على الراشي والوسيط

(١) نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة الاحكام س ١٨ رقم ٨١ ص ٤٢٠.

(٢) انظر الدكتور احمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٨٠.

ويقتصر تأثيره كذلك على العقوبة السالبة للحرية والغرامة [١] فلا يمتد اثره الى المصادرة، ذلك ان حيازة مقابل الرشوة مخالفا للنظام [٢] ولا يكفي مجرد الاخبار عن وقوع الجرائم، بل يتعين ان يتوافر في الاخبار الصدق والاخلاص والتفصيل، فيجب ان يكون صادرا بقصد اعانة السلطات في الكشف عن الجريمة وادانة مرتكبيها، وان يكون صادقا مطابقا للحقيقة [٣] وينبغي كذلك ان يكون الاخبار مفصلا متضمنا جميع عناصر الجريمة وظروفها والادلة عليها.

ونصت ايضا المادة ١/٨ مكرر (ب) على انه يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد ١/٢، ١/٣، ١/٣ مكرر كل من بادر من الشركاء في الجريمة من غير المحرضين على ارتكابها بابلاغ السلطات القضائية او الادارية بالجريمة بعد تمامها وقبل اكتشافها، ولا يجوز الاعفاء اذا لم يؤدي الابلاغ الى رد المال موضوع الجريمة، ويجوز ان يعفى من العقاب كل من اخفى مال متحصلا من احدى الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة، اذا بلغ عنها وادى ذلك الى اكتشافها ورد كل او بعض المال المتحصل عنها.

والاعفاء من العقاب قد يكون وجوبيا اذا كان الابلاغ بعد تمام الجريمة وقبل اكتشافها وقد يكون جوازيا اذا كان الابلاغ بعد اكتشاف الجريمة وقبل الحكم النهائي فيها .

ب - تمكين السلطات من القبض على الجناة:

اجازت المادة ١/٢٥ عقوبات اعفاء الجاني من العقاب اذا حصل الاخبار بعد الشروع في التحقيق متى مكن السلطات من القبض على غيره من مرتكبي الجرائم او على غيره من مرتكبي جريمة اخرى مماثلة لها في النوع والخطورة. ويستوي في نظر القانون ان يسهل الجاني القبض على بقية الجناة في ذات

---

(١) نقض ٢٩ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ١٢٠ ص ٦٢٨، ٢١ مارس سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٨٨ ص ٤١٤.

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة النقض س١ رق ١٢٥ ص ٤٢٤.

(٣) نقض أول فبراير سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٤٠ رقم ٤٩ ص ٢٠٠.

الجريمة التي ساهم فيها او في جريمة اخرى مماثلة في النوع والخطورة وتكون الجريمة مماثلة في النوع متى كانت من جرائم تزييف العملة، ويرجع في تحديد مماثلتها للخطورة الى قدر الخطر أو الضرر المترتب على الجريمة لا الى خطورة اشخاص الجناة، والمسألة في النهاية موضوعية، أي متروكة لتقدير محكمة الموضوع، على انه لا يشترط ان يكون الجاني قد سهل القبض على جميع الجناة بل يكفي ان يسهل القبض على من يعرفه منهم، لأنه لا يمكن ان يعلق المشرع الاعفاء من العقاب الا على شرط يمكن تحقيقه.[١]

ونص المشرع ايضا على اعفاء الجاني من العقاب في المادة ٢١٠ عقوبات متى أسدى للعدالة خدمة كبيرة هي تسهيل القبض على بقية الجناة في جرائم التزوير المنصوص عليها في المادتين ٢٠٦و ٢٠٧ مكررا ولو بعد الشروع في التحقيق في وقوع الجريمة[٢] وان كان القانون لم يحدد اجلا معينا ينتهي فيه الانتفاع بهذا الاعفاء، الا انه من المفهوم ان فرصة المتهم تنتهي بانتهاء محاكمته امام قضاة الموضوع [٣] فلا يجوز له ان يطالب بهذا الاعفاء لاول مرة امام محكمة النقض وذلك لأن الوظيفة التي تقوم بها محكمة النقض هي التحقق من حسن تطبيق القانون - لا تسمح لها بأن تجري تحقيقا موضوعيا في مدى توافر شروط تسهيل القبض على الجناة. [٤]

ج – حماية حقوق الغير حسن النية من عقوبة المصادرة:

تقضي المادة ١/٣٠ من قانون العقوبات بعدم جواز الاخلال بحقوق الغير حسن

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد القسم العام المرجع السابق ص ٤٥ الدكتور محمود محمود مصطفى، القسم العام المرجع السابق ص ٧٥.

(٢) نقض ٨ يونيه سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد ج٧ رقم ٦٢٧ ص ٥٩٤، نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة الاحكام س ١٨ رقم ٨١ ص ٤٣٠.

(٣) نقض مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٤١ مجلة التشريع والقضاء المختلط س ٥٣ ص ١٨٩.

النية ، وهذا القيد بمثابة حصر لمجال المصادرة ووضع لحدودها، وعلته نابعة من الطبيعة القانونية للمصادرة وكونها عقوبة شخصية ، مما ينبني عليه ان تكون ذات صفة شخصية فلا تنال غير من يستحقون العقوبة من اجل الجريمة ويكون الغير حسن النية اذا لم يكن داخلا في الجريمة بوصفه فاعلا او شريكا، يؤيد ذلك الاصل الذي اخذت عنه المادة ٣٠ وهو المادة ٣٦ من قانون العقوبات الايطالي الصادر سنة ١٨٨٩.

ويعني بحسن نية الغير انه لا يتوافر لديه قصد او خطأ بالنسبة للجريمة، وهو على هذا النحو لا يستحق عقوبة هذه الجريمة ولو كانت مجرد عقوبة تكميلية و تطبيقا لذلك فان مجرد علم الشخص بأن شيئه يستخدم في الجريمة لا ينفي عنه ان يكون من الغير ذو النية الحسنة طالما لم يصدر عنه ما يجعله - طبقا للقانون احد المساهمين فيها.[١]

وأول ما يتبادر الى الذهن في هذا الشأن هو ان المصادرة لا يجوز أن تقع على شيء غير مملوك للمتهم [٢] على أن القانون لا يقتصر على حماية ملكية الغير، فالنص يقضي بعدم الاخلال "بحقوق الغير" بصيغة الجمع ، الامر الذي يدل على انه لا يقتصر على حق الملكية بل يشمل غير ذلك من الحقوق المرتبة على العين التي هي موضوع المصادرة كحق انتفاع او حق رهن [٣]، ولا يعترض على ذلك بأن المادة ٢/٣٠ ذكرت حق الملكية خاصة، وذلك لأن الفقرة الاولى من المادة ترمي الى حماية غير المتهم اذا كان حسن النية، وهذا يقتضي حماية في كل الصور ولا مبرر للتفرقة بين حق الملكية وغيره من الحقوق المتصلة بالشيء

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني، القسم العام ، المرجع السابق ص ٨٤٢.

(٢) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، القسم العام المرجع السابق ص ٧١٦، الدكتور أحمد فتحي سرور، القسم العام، المرجع السابق ص ٦٤٠.

(٣) اسكندرية المختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط س٦٠ ص ١٠٩ استئناف مختلط ١٤ ابريل سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء المختلط س٦١ ص ١١٢.

والحقوق التي يقضي القانون بعدم الاخلال بها هي في الاصل الحقوق التي تكون على الشيء وقت ارتكاب الجريمة، ولكن حماية القانون قد تمتد مع ذلك الى ما يترتب للغير من حقوق على الشيء بعد الجريمة، والى حين اتخاذ الاجراءات الجنائية.

ولا تعنى حماية حقوق الغير الحسن النية عدم جواز المصادرة اطلاقا وانما تعني ان ملكية الشيء الذي توافرت فيه شروط المصادرة تنتقل الى الدولة محملة بحقوق الغير، وتطبيقا لذلك فاذا كان المتهم شريك في ملكية الشيء حلت الدولة محل المتهم في نصيبه، واذا كان للغير حق انتفاع على الشيء حلت الدولة محل المتهم في ملكية رقبته.[1]

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص ٢٧٨ الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص ٨٤٤.

المطلب الثاني
أثر اخلال حسن النية في تشديد العقوبة

اولا: صور تشديد العقوبة :

١- تشديد عقوبة الرشوة:

كان لسوء نية الجاني دور في تشديد عقوبة الرشوة ويتضح ذلك في حالتين:

الحالة الاولى: اذا كان الغرض من الرشوة ارتكاب فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة أشد.

الحالة الثانية: اذا كان القصد من الرشوة امتناع الموظف عن عمل من اعمال وظيفية أو الاخلال وبواجباته الوظيفية.

وفيما يتعلق بالحالة الاولى فقد تناولتها المادة ١٠٨ من قانون العقوبات فنصت على انه" اذا كان الغرض من الرشوة ارتكاب فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة أشد من العقوبة المقررة للرشوة يعاقب الراشي والمرتشي والوسيط بالعقوبة المقررة لذلك الفعل مع الغرامة المقررة للرشوة.

والمجال المتصور لهذه الرشوة المشددة هو ان يكون الغرض منها ارتكاب جريمة يعاقب عليها بالاعدام ، فتكون هذه العقوبة هي التي يقررها القانون للرشوة ذاتها، وتوقع عقوبة الغرامة بالاضافة الى ذلك. ومثالها جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الخارج المعاقب عليها بالاعدام وهي المنصوص عليها في المواد ٧٧ و ٧٧أ و ٧٧ب و ٧٧ج و ٧٦أ و ٧٨ب و ٧٨جـ و٨٠ج و ٨٢ب/٢ و ٨٣/أ من قانون العقوبات .

ويلاحظ أن القانون لم يعلق تشديد العقاب في هذه الحالة على ارتكاب الجريمة الاشد بالفعل، وانما يكفي مجرد ارتكاب الرشوة من أجل هذه الجريمة.

فالقواعد التي اخضع لها القانون هـذه الرشـوة المشـددة تشـذ علـى القواعـد العامـة فتوقع عقوبة جريمة لم ترتكب لمجرد العزم علـى ارتكابهـا، ويعتـبر ذلـك خروجـا علـى احكـام تعـدد الجرائـم، حيـث يتطلـب القـانون لتوقيـع عقوبـة الجريمـة الاشـد ارتكاب هذه الجريمة.

اما بالنسبة للحالة الثانية وهـي الامتنـاع عـن عمـل مـن أعمـال الوظيفـة او الاخلال بواجباتها.

نص الشارع عليها هذه الحالـة فـي المـادة ١٠٤ مـن قـانون العقوبـات فـي قولـه "كل موظف عمومي طلب لنفسه او لغيره او قبـل او أخـذ وعـدا او عطيـه للامتناع عن عمل من اعمال وظيفته او للاخلال بواجباتها او لمكافأته على ما وقع منه يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة في المادة ١٠٣ مـن هذه القانون" ويتبين من هذا النص ان يكون موضوع الرشوة عمـلا سـلبيا وترتيبـا على ذلك يخرج من نطاق لتشديد حالة ما اذا كان موضوع الرشوة عملا ايجابيا.
ويقتصر تشديد العقوبة في هذه الحالة على الغرامة.

٢ - تشديد العقوبة في جريمة تخريب الاموال المعهود بهـا الـى الموظـف العـام نصت المادة ١١٧ مكررا على أن كل موظف عام خرب او اتلف او وضـع النـار عمدا في أموال ثابتة او منقولة أو أوراق او غيرها للجهـة التـي يتصـل بهـا بحكـم عمله او للغير متى كان معهود بها الى تلك الجهة ويعاقب بالاشغال الشاقة المؤبـدة او المؤقتة. وتكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة اذا ارتكـب احدى هـذه الجرائـم بقصد تسهيل ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المود ١١٢، ١١٣، ١١٣، مكرر او الاخفاء ادائها".

وتقع الجريمة في هذه الحالة بمجرد وضع النار ، وتطبيقـا لذلـك حكـم بأنـه اذا كان المتهم قد قذف كرة مولعة بمشغل لحرقة، ولكن الكرة انطفـأت فلـم يتحقـق الغرض الذي رمى اليه المتهم من فعله، فان مـــا وقـــع منه يعتبر فعلا تامـــا لا

شروعا رغم ان النار لم تلتهم شيئا من محتويات المشغل. [١]

ولا يتطلب القانون في هذه الجريمة قصدا خاصا لوقوع التخريب او الاتلاف، ولكن مع ذلك يتطلب الشارع ضرورة توافر قصد خاص لتشديد العقوبة، ويتمثل في قصد تسهيل ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١٢، ١١٣، ١١٣ مكرر ولاخفاء أدلتها.

ويعاقب على هذه الجريمة بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة اما اذا ارتكبت الجريمة بقصد تسهيل ارتكاب احدى الجرائم السابقة تكون العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة.

٣ - قصد الاضرار بمركز البلاد الحربي او السياسي او الدبلوماسي كظرف مشدد:

نصت الفقرة الاولى من المادة ٧٧/د عقوبات على انه :" يعاقب بالسجن اذا ارتكبت الجريمة في زمن السلم. وبالاشغال الشاقة المؤقتة اذا ارتكبت في زمن الحرب كل من سعى لدى دولة اجنبية او احد ممن يعملون لمصلحتها او تخابر معها او معه وكان من شأن ذلك الاضرار بمركز مصر الحربي او السياسي او الدبلوماسي أو الاقتصادي".

وتتطلب هذه الجريمة ركنا ماديا قوامه عنصران: الاول النشاط الاجرامي وهو السعي او التخابر ، الثاني وهو أن يكون من شأن هذا النشاط الاضرار بمركز مصر الحربي او السياسي او الدبلوماسي او الاقتصادي.

وتستلزم هذه الجريمة ايضا قصدا جنائيا فلا تقع الجريمة ما لم يعلم الجاني بانه سعى او تخابر مع دولة أجنبية او شخص يعلم أن سعيه او تخابره هذا من شأنه الحاق الضرر بمركز البلاد الحربي او السياسي او الدبلوماسي او الاقتصادي.

---

(١) نقض ٢٠ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ ٤ رقم ٣٦٣ ص ٤٩٦، نقض ١٦ ابريل سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد جـ ٣ رقم ٢٣٢، ٥ نقض ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٥ رقم ٦٢٣ ص ٧٥٩.

ولا يتطلب القانون فوق هذا قصدا جنائيا خاصا لقيام هذه الجريمة، وانما يتطلب هذا القصد كمجرد ظرف مشدد لعقوبتها اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٧/و عقوبات على انه اذا وقعت الجريمة بقصد الاضرار بمركز البلاد الحربي أو السياسي او الدبلوماسي او الاقتصادي او بقصد الاضرار بمصلحة قومية لها كانت العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة في زمن السلم والاشغال الشاقة المؤبدة في زمن الحرب. ويقصد بالاضرار بالمركز الحربي بكل فعل من شأنه ان يؤثر في نشاط القوة العسكرية للبلاد ، ومثال ذلك افشاء اسرار الدفاع واضعاف من روح الجنود، ويقصد بالاضرار بالمركز السياسي كل ما من شأنه ان يمس استقلال الدولة وسياستها الخارجية. ومن امثلتها السعي او التخابر لخذلان البلاد في منظمة دولية سياسية او عرقلة مفاوضات سياسية او تمكين دولة اجنبية من اكتساب نفوذ سياسي على الدولة أو تفويت الاغراض السياسية التي تهدف الى تحقيقها من وراء عمل معين، ويراد بالاضرار بالمركز الدبلوماسي كل ما يؤدي الى الاضرار بالتمثيل الدبلوماسي بين الدول، ومن امثلته السعي او التخابر لقطع العلاقات السياسية بين مصر ودولة اخرى او انحراف احد الممثلين الدبلوماسيين عن اداء واجبه مما يسيء الى المصلحة الوطنية.

أما الاضرار بالمركز الاقتصادي فيراد به كل ما من شأنه ان يلحق الضرر بالنظام العام الاقتصادي للدولة وهو الذي تحدده سياستها الاقتصادية ، كنظام الرقابة على النقد ، وكل ما يتصل بالانتاج الزراعي او الصناعي والتجارة الخارجية. [1]

ويراد بالاضرار بالمصلحة القومية للبلاد كل ما يتعلق بمصالح البلاد سواء من ناحية نظام الحكم الداخلي او المرافق العامة او من الناحية الحربية او السياسية او الاقتصادية ، ومن امثلة ذلك التآمر على احداث قلاقل واضطرابات

(١) انظر الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ص ٤٣.

داخلية او مشروعات على نحو يؤدي الى الحاق الغبن بالدولة ، ومحاولة قلب نظام الحكم ، وكذلك التحريض على كراهيته وازدرائه.

فاذا وقعت الجريمة في حالة الحرب كانت العقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة، واذا توافر قصد الاضرار شددت الى الاشغال الشاقة المؤبدة . اما اذا اوقعت الجريمة في حالة سلم كانت العقوبة هي السجن ، فاذا توافر قصد الاضرار سالف الذكر شددت العقوبة الى الاشغال الشاقة المؤقتة.

٤- الاضرار العمدي بالاموال والمصالح ذات عقوبة اشد من الاضرار غير العمدي.

نصت المادة ١١٦ مكررا بأن " كل موظف عام اخر عمدا بأموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم عمله او بأموال الغير او مصالحهم المعهود بها الى تلك الجهة يعاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة".

هذه الجريمة عمدية تقتضي اتجاه ارادة الجاني الى الحاق الضرر بأموال او مصالح الجهة التي يعمل بها بحكم وظيفته أو بأموال الافراد أو مصالحهم المعهود بها الى تلك الجهة مع علمه بذلك فلا تقع هذه الجريمة بمجرد الخطأ غير العمدي الذي يكون جريمة اخرى لا يتوافر فيها العمد وهي الاضرار غير العمدي بالاموال والمصالح، ولا يكفي مجرد الحاق الضرر بالجهة او الافراد لتوافر ركن العمد في حق الموظف العام ، بل يجب ان يثبت بما لا يدع مجالا للشك ان الموظف العام اراد هذا الضرر وعمل من اجل احداثه – فلا يكفي لتوافر القصد الجنائي مجرد مخالفة الموظف للتعليمات او اوامر الرؤساء ما لم يكن ذلك مصحوبا بارادة الحاق الضرر بصورة باته وقاطعة وهو امر يتوقف على ملابسات الواقعة وظروفها على النحو الذي تقدره محكمة الموضوع. (١)

ويفرق القانون في العقوبة بين الاضرار العمدي والاضرار غير العمدي بالاموال والمصالح، فاذا كان في الثانية يعاقب عليها بالحبس فيعاقب في الاولى التي يتوافر فيها العمد بالاشغال الشاقة المؤقتة.

---

(١) انظر الدكتور احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات المرجع السابق ص ٢٨٣، الدكتور رمسيس بهنام، قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، المرجع السابق ص ٤١١.

ثانيا: أثر سوء النية في تشديد العقوبة في القانون المقارن:

تنص بعض التشريعات على اعتبار سوء النيّة أو الباعث على الجريمة الشرير ظرفا مشدداً يرفع مقدار العقوبة في الجريمة.

من هذه التشريعات المادة ٦١ من قانون العقوبات الايطالي والمادة ٣/٣٩ من قانون العقوبات السوفيتي سابقا، والمادة ٣/٣٤ من قانون العقوبات اليوغسلافي، وتنص ايضا المادة ١٤ من مشروع قانون العقوبات التشيكي الصادر سنة ١٩٢٧ بتشديد العقوبة في الجرائم التي تتسم بسوء نية مرتكبها وميزت المادة ٢٠ من ذات القانون بين نوعين من الجناة على اساس دناءة الباعث الذي يقودهم نحو الجريمة ودرجة عدالة المجتمع، [١] ونصت كل من المادة ١٩٤ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ١٩٣ من قانون العقوبات السوري على أنه اذا كانت الجريمة المعاقب عليها بالاعتقال المؤبد او المؤقت او الحبس البسيط قد أوحى بها دافع شائن ابدل القاضي الاعتقال المؤبد الى الاشغال الشاقة المؤبدة ، ومن الاعتقال المؤقت الى الاشغال الشاقة المؤقتة، ومن الحبس البسيط الى الحبس مع الشغل. [٢]

ونص قانون العقوبات العراقي في المادة ١/١٣٥ منه على انه "مع عدم الاخلال بالاحوال الخاصة التي ينص فيها القانون على تشديد العقوبة يعتبر من الظروف المشددة ما يلي:

١ - ارتكاب الجريمة بباعث دنيء، ثم بينت المادة ١٣٦ منه اثر هذا الباعث الدنيء الذي جعلته ظرفا مشددا فنصت اذا توافر في الجريمة ظرف من الظروف المشددة يجوز للمحكمة ان تحكم على الوجه التالي:

---

(١) Ploscowe (M) : An examination of some dispositions relating to motives and character in modern European penal Godes journal of American Int. Law Criminology 1930.

(٢). انظر الدكتور عدنان الخطيب، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العاليه، ١٩٥٧ ص ٢٠٨.

أ- اذا كانت العقوبة المقررة هي السجن المؤبد جاز الحكم بالاعدام.

ب - اذا كانت العقوبة هي السجن المؤقت او الحبس جاز الحكم باكثر من الحد الاقصى للعقوبة المقررة للجريمة، بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد على الا تزيد مدة السجن المؤقت في أي حال عن ٢٥ سنة، ومدة الحبس عن عشر سنوات.

ج- اذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة جاز الحكم بالحبس ..."

وفي القضاء الايطالي امثلة كثيرة حكم فيها بالتشديد لسوء نية الجاني أو توافر الباعث الدنيء، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الايطالية من تشديد عقوبة الزوج الذي قتل زوجته ليتمكن من الزواج من اخرى[١] وقضت بتشديد عقوبة الجاني الذي قتل فتاة لانها حملت منه سفاحا[٢] وشدد العقوبة ايضا على الزوج الذي قتل زوجته ليعيش مع عشيقته.[٣]

ونص قانون العقوبات اليوناني على تشديد العقوبة اذا كان الجاني سيء النية او باعثه اليها غير شريف، فنصت المادة ٨٢ منه على انه" اذا كان الدافع الى الجريمة هو الجشع فيجوز للمحكمة أن تحكم بالاضافة الى العقوبة المقيدة للحرية المقررة للجريمة بعقوبة اخرى مالية ولا يمنع من ذلك عدم النص على الغرامة كعقوبة اصلية للجريمة، اما اذا كانت العقوبة المقررة للجريمة اصلا هي الغرامة فيجوز في حالة ارتكاب الجريمة بدافع الجشع أن تشدد عقوبة الغرامة الى ثلاثة اضعافها.

وقد نصت المادة ٦٩ من المشروع الالماني سنة ١٩٢٥ والمادة ١٢ من المشروع البولندي على احكام مشابهة [٤] ونصت أيضا المادة ١٣٨ من قانون العقوبات

---

(١) نقض ايطالي في ١٨ اكتوبر سنة ١٩٤٨ اورده الدكتور عدنان عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، القاهرة ١٩٦١ ص ٢٨٢.

(٢) نقض ايطالي ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٥ المرجع السابق نفس الموضع.

(٣) نقض ايطالي ٢٨ يناير سنة ١٩٥٧ المرجع السابق.

(٤) Ploscowe : ap. Cit. P. 32

العراقي على انه " اذا ارتكبت الجريمة بقصد الحصول على كسب غير مشروع، وكان **القانون** يعاقب عليها بعقوبة غير الغرامة جاز الحكم فضلا عن العقوبة المقرر **قانونا** بغرامة لا تزيد عن قيمة الكسب الذي حققه الجاني او الذي كان يرمي **اليه** وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وفي هذه الصورة يكون الامر جوازيا للمحكمة، أي انها ليست ملزمة ولكن هناك بعض التشريعات التي اخذت **بالتشديد** الوجوبي، فنصت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات اللبناني وكذلك المادة ١٩٤ من قانون العقوبات السوري على انه اذا كانت الجريمة قد اقترفت بدافع **الكسب** ولم تكن معاقبا عليها بالغرامة في القانون حكم القاضي بالغرامة وبالعقوبة المنصوص عليها معا [١] ونهج ذات المنهج كل من قانون العقوبات الايطالي في المادة ٧/٦٢ منه، وقانون العقوبات السويسري في المواد (٤٨، ٥٠، ١٠٦ منه) فهما نقيضان بالحكم بالغرامة مع العقوبة السالبة للحرية.[٢]

ثالثا: سوء النية وتشديد العقوبة في الشريعه الاسلامية:

أ - حرمان القاتل من الميراث:

١ - نوع القتل المانع من الميراث:

تشير الآثار الى انه ليس للقاتل من ميراث، من ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام " لا يرث القاتل" ، [٣] وفي رواية " لا يرث القاتل شيئا" وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول" **ليس** للقاتل ميراث" وعن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام " من قتل قتيلا فانه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره." [٤]

---

(١) انظر الدكتور عدنان الخطيب، محاضرات في النظرية العامة للجريمة المرجع السابق ص ٢٠٩.

(٢) Marangopoulas : ap. Cit. P. 17.

(٣) مسند الامام زيد بن علي عن ابيه عن جده، عن علي كرم الله وجهه، المرجع السابق ص ٣٠٧.

(٤) نيل الاوطار للشوكاني، المرجع السابق، ص ٧٤.

ولا خلاف في ان القتل العمد [١] يمنع من الميراث مطلقا [٢]، ولكن الفقهاء اختلفوا في الصور الاخرى على مذاهب:

المذهب الاول: ويرى أصحابه ان القاتل مطلقا لا يرث، وهذا هو الظاهر في مذهب الشافعية، ومقتضى هذا المذهب أن القتل مهما كان نوعه وسببه- أي سواء كان عمدا او خطأ بالمباشرة او بالتسبيب بحق او بغير حق، وسواء كان القاتل بالغا عاقلا أو مجنونا ، فانه يكون سببا في المنع من الميراث ، بل لو كان الوارث قاضيا، وحكم على مورثه بالقتل في جناية تستوجب ذلك فانه لا يرث. [٣]

المذهب الثاني: ويتجه انصار هذا المذهب الى ان القتل المانع من الميراث هو ما كان مستوجبا القصاص او الدية او الكفارة، فهو يشمل العمد والخطأ سواء كان بالمباشرة او التسبب، كما يشمل القتل الواقع من المجنون ويختلف هذا الرأي عن سابقه في أن يخرج القتل بحق- كالقصاص او الحد او الدفاع الشرعي، وقتل الباغي حال الحرب من نطاق المنع وهذا هو الظاهر في مذهب الحنابلة، وهو قول في مذهب الشافعي وابي حنيفة، ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبدالله بن مسعود وابن عباس. [٤]

المذهب الثالث: ويذهب انصاره الى أن القتل المانع من الميراث هو ما كان موجبا القصاص او الكفارة، فهويشمل القتل العمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجراه،

---

(١) انظر الدكتور علي حسن عبدالله الشرفي ، الباعث واثره في المسئولية الجنائية، المرجع السابق، ص ٥٣١.

(٢) انظر المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٢٩١، المرجع السابق.

(٣) انظر الدكتور - يوسف قاسم ، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م ص ٩٨.

(٤) المغني لابن قدامه ، المرجع السابق ج٦ ص ٢٩١.

وهو يختلف عن سابقه في انه يخرج القتل الواقع من غير المسئول- كالصبي والمجنون- لكونه فعلهما لا يستوجب الكفارة وان كان يستوجب الدية، وهذا هو مذهب الامام ابو حنيفة وصاحبيه، وهو احد قولي الشافعي [١] وذهب الحنفية الى القتل بالتسبب غير مانع من الميراث، كالشهادة الزور التي تكون سببا في الحكم بالقتل على المشهود عليه وجعلوا القتل بالسن صورة من صور القتل بالتسبب وهذا يعني لا يكون مانعا من الميراث. [٢]

المذهب الرابع: ويرى انصار هذا المذهب ان القتل المانع هو ما كان موجبا للقصاص، أي ان يتواخى في الجريمة عمد العدوان وهذا ما ذهب اليه المالكية والشيعة الامامية، ويرى المالكية ان القاتل خطأ وان كان لا يحرم من الميراث- الا انه لا يرث من الدية الناتجة عن فعله، اذ هي عقوبة وجبت بفعله فلا يصح ان يستحق منها شيئا.[٣]

٢ - علة الحرمان من الميراث:

يحرم القاتل من الميراث لانه متهم بقتل المورث استعمالا للارث [٤] وقد وضع الفقهاء قاعدة في هذا الصدد هي" من استعجل شيئا قبل اوانه عوقب بحرمانه [٥] ، وفرعوا عليها فروعا من اهمها حرمان القاتل من الميراث. [٦]

وفطنته الاستعجال- وفطنته توافر سوء النية ودافع الجشع والطمع في تعجل

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ ، ص ٢٧١ ، المرجع السابق ص ٤٦ وشرح التلويح على التوضيح المرجع السابق جـ٢ ص ١٥٣.

(٢) انظر الدكتور يوسف قاسم الحقوق المتعلقة بالتركة، المرجع السابق ص ١٠٣.

(٣) فتح العلي المالك ، المرجع السابق ج٢ ص ٣٧٧.

(٤) تبصرة الحكام ، ج٢ ، المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٥) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، المرجع السابق ص ١٥٩ ، والاشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق ص ١٥٢.

(٦) شرح التلويح على التوضيح، جـ ٢ ، ص ١٥٣ المرجع السابق.

الحصول على الميراث- قائمة في حالة القتل العمد، ولذا وجدنا الاتفاق على حرمان القاتل العمد من الميراث قائما ببين الفقهاء .

ومن جهة أخرى فان حرمان القاتل من الميراث، من قبيل سد الذرائع ، وقد اشار ابن قدامه الى ان توريث القاتل يفضي الى كثرة القتل، لأن الوارث ربما استعجل موت مورثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فانزل الله سبحانه وتعالى فيه قصة البقرة.

٣ - حرمان القاتل من الميراث في القانون المصري:

كان القضاء المصري يسير وفق المذهب الحنفي حتى جاء قانون المواريث مخالف المذهب الحنفي في مسألة القتل بالتسبب حيث نصت المادة الخامسة من هذا القانون على ان: " من موانع الارث قتل المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا اصليا ام شريكا ام كان شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالاعدام وتنفيذه، اذا كان القتل بغير حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الاعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي" ونصت المذكرة التفسيرية على أن المشرع قد خالف مذهب الحنفية على النحو التالي:

١ - في القتل بالتسبيب - القتل العمد مانعا سواءا باشر القاتل القتل ام كان شريكا فيه ام تسبب فيه ، فيدخل في ذلك الدال والمحرض والمشارك والربيئة- أي من يراقب المكان اثناء مباشرة القتل- وواضع السم ، وشاهد الزور الذي بنى على شهادته الحكم بالاعدام.

٢ - لا يعتبر القتل خطأ مانعا من الميراث.

ب - صفة التشديد في عقوبة الحرابة:

١ - من هو المحارب؟

والاصل في الحرابة قول الله سبحانه وتعالى:" انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا او تقطع أيديهم وارجلهم من خلاف أو ينفوا في الارض" (١) ويعتبر الجاني محاربا اذا خرج بقصد اخذ المال على سبيل المغالبة، أما اذا خرج بقصد أخذ على سبيل المغالبة فلم يخف سبيلا ولم ياخذ مالا ولم يقتل احد فهو ليس محاربا (٢)، وترتيبا على ذلك تتوافر صفة المحارب في احدى الحالات التالية:

الحالة الاولى: اذا خرج الجاني لاخذ المال على سبيل المغالبة فاخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحدا.

الحالة الثانية: اذا خرج الجاني لاخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتد احدا.

الحالة الثالثة: اذا خرج لاخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ المال.

الحالة الرابعة: اذا خرج لاخذ المال على سبيل المغالبة فاخذ المال وقتل.

والخروج بقصد اخذ المال اذا لم يؤدي لحاله من الحالات ليس حرابا ولكنه ليس مباحا بل هو معصية يعاقب عليه بالتعزيز، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حرابة ولو ادى الى جرح وقتل، والخروج لاخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حرابة وانما هو سرقة اذا توافرت شروطها. ويعرف ابو حنيفة واحمد والشيعة والزيدية الحرابة بانها الخروج لاخذ المال على سبيل المغالبة اذ ادى هذا الخروج الى اخافة السبيل او اخذ المال او قتل انسان.(٣)

---

(١) سورة المائدة الآية رقم (٣٣).

(٢) انظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة ١٩٦٨ ص ٦٤٠.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٠- اسنى المطالب ج٤ ص ١٥٤ - المغني ج١ ص ٣٠٢ شرح الازهار جـ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج٨ ص ١٠٨.

٢ - عقوبة المحارب:

تختلف عقوبة المحارب عند ابي حنيفة والشافعي واحمد والشيعة والزيدية باختلاف الافعال التي يأتيها وهي لا تخرج عما يأتي:

الحالة الاولى: اخافة السبيل لا غير:

اذا أخاف المحارب السبيل لا غير ولم يقتل ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند ابي حنيفة واحمد النفي [١] لقوله تعالى: " أو ينفوا من الأرض" وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير او النفي وقد سووا بين التعزير والنفي لاعتبارهم النفي تعزيرا حيث لم يحدد نوعه ومدته على أنهم يرون ان يمتد النفي حتى تظهر توبة المحارب.[٢]

ويرى مالك ان الامام مخير بين ان يقتل المحارب او يصلبه او يقطعه أو ينفيه وان الامر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحري المصلحة العامة.

الحالة الثانية: أخذ المال لا غير:-

اذا اخذ المحارب المال ولم يقتل، فيرى أبو حنيفة والشافعي واحمد ومعهم الزيدية ان يقطع المحارب من خلاف أي ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ويبدأ القطع بالايدي اولا ثم الرجل لأن النص بدأ بالايدي".

اما مالك فيرى ان المحارب اذا اخذ المال دون قتل يعاقب على حسب اجتهاد الامام فيما هو تحقيق المصلحة العامة، والامام مخير في عقابه بأية عقوبة جاءت بها آية المحارب غير عقوبة النفي.

الحالة الثالثة: القتل لا غير:

اذا قتل المحارب ولم يأخذ مالا فيرى ابو حنيفة والشافعي ان عقوبة المحـــــارب

---

(١) انظر عبد القادر عوده ، التشريع الجنائي الاسلامي، المرجع السابق ص ٦٤٨.

(٢) سنن المطالب جـ ٤ س ١٥٤ - المغني جـ ١٠ ص ٣١٣ - بدائع الصنائع جـ ٧ س ٩٣ شرح الازهار جـ ٤ س ٣٧٦.

هي القتل حدا دون صلب ويرى مالك ان الامام بالخيار ان شاء قتل وصلب وان شاء قتل دون صلب، ولا خيار له في غير هاتين العقوبتين دون غيرهما. (١)

الحالة الرابعة: القتل واخذ المال:

اذا قتل المحارب واخذ المال كان عقابه القتل والصلب معا عند الشافعي واحمد والشيعة والزيدية، ويرى ابو حنيفة ان الامام مخير في حالة القتل المقترن بأخذ المال بين ان يقطع يده ورجله ثم يقتله او يصلبه ، وبين ان لا يقطعه ثم يقتله بلا صلب او يصلبه فيقتله.

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨١، شرح الزرقاني ص ١١٠.

الخاتمـــة

الواقع ان فكرة حسن النية لم تحظ في القانون الجنائي بدراسة كافية ، على خلاف الامر في القانون المدني، حيث لقيت عناية اوفر. وفكرة حسن النية في القانون الخاص قديمة، اذ ان جذورها ممتدة حتى القانون الروماني، وفيه تعني النية المخلصة الامينة، وقد استعملها فقهاء القانون الكنسي بمعنى الاعتقاد الخالص من الشوائب الذي يقوم في نفس الانسان، ويبعده عن الاثم واتيان المعاصي في تعامله مع الغير، اما في الفقه المقارن ، فانها تعني اعتقاد الانسان في تعامله مع الغير انه لا يؤذي احدا ولا يقترف عملا غير مشروع وبعبارة اخرى هو ما ينطوي عليه فعل الانسان من اخلاص وامانة ومراعاة لما يقتضيها الضمير ، والاعتقاد والاخلاص وسلامة الطوية كلها امور نفسية كامنة في صدر صاحبها ، والوصول اليها يتطلب التحقق من الاسباب التي ادت الى تلك القصيدة التي مهدت لذلك اليقين.

وانه ان كانت سائر تشريعات القانون الخاص تعول في تنظيم العلاقات القانونية المختلفة على حسن النية الى حد اعتباره مفترضا في جميع تلك العلاقات حتى يثبت العكس، الا ان هذه التشريعات على اختلاف مناهجها قد جاءت خلوا من تعريف لحسن النية، وتركت هذه المهمة للفقه باعتبار ان وضع التعاريف ليس من شأن المشرع بقدر ما هو من شان الفقيه، ومع ذلك قد تناولت بعض التشريعات مدلول حسن النية في سياق وعبارات نصوصها، فالمادة ٥٥ من القانون المدني الفرنسي مثلا تعفى بأن " يكون الحائز حسن النية عندما يحوز – كمالك بفضل السبب الناقل للملكية والذي يجهله، ولكنه لا يعد حسن النية منذ اللحظة التي يعلم فيها بهذه العيوب" ومفاد ذلك ان القانون الفرنسي يعرف حسن النية بانه الغلط او الجهل بحقيقة وضع قانوني معين، وبذات المعنى يستفاد مدلول حسن النية في المادة ٩٦٥ من القانون المصري فنصت على انه" يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدى على حق الغير الا اذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم" ... ويستفاد ايضا معنى سوء النية بانه قصد الاساءة والاضرار بالغير

والغش الذي يتخذ من استعمال الحق ستارا للاضرار بحقوق الغير من نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني الالماني التي تقضي بعدم اباحة استعمال الحق ان لم يكن له غرض سوى الاضرار بالغير.

ويتوافر حسن النية في مفهوم تلك التشريعات اذا صادف تصرف الشخص احدى حالات اربع:

١ - ان يتصرف وهو يجهل حقيقة معينة.
٢ - او اذا وقع في غلط.
٣ - او تصرف بغير غش.
٤ - او بغير قصد الاضرار.

وفكرة حسن النية في نطاق القانون الجنائي لم تلق من فقهائه من الاهتمام بقدر ما لاقته من فقهاء القانون الخاص، فلم يتعرض لها الباحثون الا في مجال محدود عند بحث الركن المعنوي في الجريمة او الغلط او الجهل بالوقائع، فقد تعرض الفقيه GARCON [١] في فرنسا الى فكرة حسن النية، ولكن ليس كفكرة قانونية قائمة بذاتها، وانما بصدد تحديده لفكرة القصد الجنائي، وذهب الى ان حسن النية أو سوءها عبارة عن حالة من حالات الضمير، ومن ثم فهي وثيقة الصلة بالقصد الجنائي، وتدور معه وجودا وعدما، اذ ان من حسنت نيته انعدم القصد الجنائي لديه ومن اتى عملا بسوء نية وانتوى الاضرار بالغير متعمدا احداث النتيجة الملائمة ، توافر لديه ولا شك القصد الجنائي، واضاف GARCON ان حسن النية وسوءها امر يتعلق بالوقائع ومن ثم الغلط في امر فيها يعتد به ويتوافر لدى من وقع في ذلك الغلط حسن النية، اما الغلط في القانون كمن يرتكب فعلا يخضع لقاعدة تحريم وهو يجهل ذلك فانه لا شأن لحسن النية به، ومن ثم لا يبيح مثل ذلك الغلط الفعل، ويؤكد اتجاه GARCON ، الفقيه BOUZAT [٢] اذ يفرق الاخير بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون حيث يعتبر حسن النية عنصرا

(١) GARCON , GODE PENAL, ANNOTE VOL. No. 77 P. 88
(٢) BOUZAT, Traite, Theorigue et prolique du droit penal, Paris, 1951

في الغلط في الوقائع ينتفي به وصف العمد عن الفعل المكون للجريمة، اما الغلط في القانون فانه لا يعتبر سببا للاباحة مهما حسن نية الجاني اما مفهوم حسن النية في القانون المصري، لم يخرج كثيرا عن حاله في فرنسا، فلم يتعرض فقهاء القانون الجنائي لحسن النية كفكرة قانونية قائمة بذاتها ومن ثم لم تنل رغم اهميتها قدرا من الابحاث يتفق وتلك الاهمية، وكان تناول فكرة حسن النية في مجال القانون الجنائي بمناسبة تحديد المقصود بالقصد الجنائي ، او تحديد شروط استعمال الحق. وقد ربط اغلب الفقه في مصر بين حسن النية في مجال القانون الجنائي والغاية الاجتماعية، للحق فالحقوق جميعها غائبة، وحسن النية هو استهداف صاحب الحق بفعله تحقيق الغايات التي من اجلها تقرر الحق فاذا جاوز هذه الغاية او استهدف بممارسة الحق هدفا ليس هو بذاتة الغاية المحدودة للحق فانه يكون سيء النية حتى ولو كان الهدف الذي رمى الى تحقيقه نبيلا، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض ليس بقصد انقاذ حياته وتخفيف الراحة، وانما الوصول الى كشف علمي او تحقيق اغراض طبية مفيدة في عالم الطب يكون سيء النية في ممارسته للحق المخول قانونا اليه بصرف النظر عن نبل الهدف الذي يخدم الانسانية بالكشف العلمي الذي يسعى اليه.

ولقد تعرضنا في البحث الى النقد الى وجه الى هذا المعيار والذي تضمن ان هذا المعيار واسع وفضفاض او صعب التطبيق ورأينا ان هذا النقد في غير محله اذ الاصل في الحقوق انها غائبة وتقر لتحقيق غايات تتسق والغاية العامة للنظام القانوني كله حتى لا تتعارض فيما بينها الحقوق او فيما بينها وبين الصالح العام الذي هو الهدف الاسمى لتقرير الحقوق هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان حسن النية مسألة من مسائل الواقع وهي خاضعة لذلك لتقدير قاضي الموضوع الذي ليس يسيرا عليه استنباط الغاية الاجتماعية للحق في كل موضوع يعرض عليه.

ورأينا أيضا من خلال البحث أن القانون لم يعتد بالنية في المواد المدنية الا في التصرفات القانونية المشروعة كالعقود ، لان هذه التصرفات تعبير ارادي عن النية يرتب القانون عليها الاثار التي يرى انها لازمة لتحقيق هذه النية على خير

وجه في صورة قانونية. ذلك لان عدم المشروعية في التصرفات القانونية يؤدي الى بطلان النية، ويحول التصرف القانوني الى مجرد عمل قانوني، حيث تهدف الآثار القانونية المترتبة عليه الى مقاومة هذه النية وقمعها بدلا من تخفيفها.

ولا يعتد القانون في الاعمال القانونية الا بعنصري العمل المادي والتعبير الارادي فحسب، ولا يأبه بالنية سواء وجدت فيها ام لم توجد . فالعمل القانوني يتميز بانه مسلك ارادي ينتج آثارا قانونية لمجرد كونه اراديا أي واقعا بارادة الانسان واختياره، كما في الالتزامات الناتجة عن المسئولية التقصيرية.

اما الوقائع القانونية، فهي بطبيعتها مجرد اعمال مادية لا دخل للارادة الانسانية فيها وبالطبع فهي خالية من النية، لأن النية عنصر انساني محض، ومثال ذلك حدوث الوفاة الطبيعية والفيضانات والزلازل والصواعق.

ولا يحفل القانون في المواد الجنائية بالنية الا حيث تقترن بوقائع اجرامية تجسمت فيها وارتكبت بالفعل، وبالنسبة للجرائم العمدية بالذات حيث يرتب القانون نتائج قانونية محددة. فقد تكون بمثابة الركن المعنوي للجريمة، يتوقف عليها اسناد المسئولية الجنائية اطلاقا.

كما أن المبادىء الحديثة في تفريد العقاب تربط بين جسامة العقاب كما وكيفا وبين طبيعة النية الاجرامية التي اوحت الى الجاني بارتكاب الفعل، والتي يبين منها ان كان العمد في الجريمة طارئا ام مبيتا، وكذلك ان كانت بواعثها خبيثة ام شريفة وحميدة ولا يقتصر المظهر الخارجي الذي يعنى القانون بتحري النية الاجرامية من خلاله على مجرد الفعل المادي او الحركة الايجابية، وانما يشمل كل مظهر خارجي للارادة يدركه الغير بحواسه، فلا يكتفي منه بالمظاهر المنظورة او المسموعة او الملموسة ، بل يشمل كل ما يحرك المشاعر من المظاهر المادية والمعنوية، سواء أكان فعلا ماديا مجسما كالقتل او غير مادي او ملموس كالسب، وسواء تمثلت النية الاجرامية في فعل ايجابي كالسرقة، او في مظهر سلبي كالامتناع عن اداء الشهادة امام المحكمة.

والاصل ان النية من دخائل النفس وكوامن الضمير، وانها مكفولة بحصانة قانونية يمتنع معها اقتحامها، بيد ان استظهارها - في صدد الجرائم المتصلة بها- لا يتطلب ضرورة اهدار هذه الحصانة، ذلك لان التعرف عليها واثباتها مسألة موضوعية يخضع للقواعد العامة للاثبات، ويمكن للمحقق أن يستشفها من سياق التحقيق واطراد الحوادث والملابسات والقرائن التي صاحبت الواقعة المادية او المظهر الخارجي الذي أفضت اليه النية الاجرامية وتحدث فيه. [1]

---

(١) انظر عبد السميع سالم الهراوي، النية واثرها في التجريم والعقاب، المجلة العربية لعلوم الشرطة، المرجع السابق ص ٦٨.

قائمة المراجـــع

أولا: باللغة العربية

أ – كتب التفسير:

١ – الشـافعي (٢٠٤هـ) – أحكـام القرآن الكريـم للامـام محمـد بـن ادريـس الشـافعي، الطبعـة الاولـى، دار الكتـب العلميـة – بـيروت ١٣٩٥هـــ (١٩٧٥م).

٢ – الطبري (٣٣هـ) – جامع البيان عند تأويل القرآن : لابي جعفر محمد بـن جرير الطبري ، الطبعة الثانية، دار المعارف بمصر.

٣ – الجصاص (٣٧٠هـ) – احكام القرآن الكريم للامام ابي بكر احمد بن علـي الرازي، الطبعة الثانية، دار المصحف – القاهرة.

٤ – القرطبي (٦٧١) – الجامع لاحكام القرآن لأبـي عبداللـه محمـد بـن احمـد الانصاري القرطبي، دار الكتاب العربي – القاهرة ١٣٨٧هـ (١٩٦٧م).

٥ – أبو حيان (٧٥٤هـ) – التفسير الكبير (البحر المحيط) لأبي عبدالله محمـد بن يوسف بن حيان – مكتبة النصر الحديثة – الرياض.

٦ – ابن كثير (٧٧٤هـ) – للامام ابي الفداء اسماعيل بن كثير، الطبعة الاولى، دار الفكر، ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م.

ب – كتب الحديث:

١ – زيد (١٣٢هـ) – مسند الامام زيد ، للامام زيد بـن علـي بـن الحسين بـن علـي بـن ابـي طـالب ، الطبعـة الاولـى ، دار الكتــب العلميـة بـيروت – ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

٢ – مالك (١٧٩هـ) – الموطأ للامام مالك بن انس ، الطبعة الثالثة، دار الافاق الجديدة – بيروت – ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

٣ – ابن حنبل (٢٤١هـ) – المسند للامام احمد بن حنبل الشيباني الطبعة الرابعة، المكتب الاسلامي – بيروت ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.
٤ – مسلم (٢٦١هـ) – صحيح مسلم ، للامام ابي الحسين مسلم ، مكتبة عيسى البابي الحلبي، القاهرة بدون تاريخ.
٥ – البخاري (٢٥٦هـ) صحيح البخاري للامام ابي عبدالله البخاري مكتبة زهران القاهرة – بدون تاريخ.
٦ – ابو داود (٢٧٥هـ) – سنن ابي داود – للامام ابي داود سليمان ابن الاشعث– المكتبة التجارية الكبرى، مصر ، بدون تاريخ.
٧ – الترمذي (٢٩٧هـ) – سنن الترمذي ، للامام ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، الطبعة الثالثة – مكتبة مصطفى الحلبي مصر ١٣٩٦هـ – ١٩٨٧م.
٨ – النسائي (٣٠٣هـ) – سنن النسائي ، للامام ابي عبد الرحمن النسائي ، المكتبة التجارية الكبرى– القاهرة.

ج – كتب الفقه الشرعي:

١ – الفقه الحنفي

- ابو يوسف (١٨٢هـ) – الخراج للامام ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب – دار الاعتصام ، ١٩٨٠م.
- السرخسي (٤٨٣هـ) – المبسوط ، لشمس الائمة محمد بن احمد السرخسي، دار المعرفة – بيروت بدون تاريخ.
- الكاساني (٥٨٧هـ) – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي– بيروت ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م.

- ابن الهمام (٨٦١هـ) - شرح فتح القدير ، للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن مسعود المعروف بابن الهمام المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٥٦هـ.

٢ - **الفقه المالكي:**

- مالك (٧٩هـ) - المدونه الكبرى للامام مالك بن انس ، الطبعة الاولى - دار صادر - بيروت - ١٣٢٣هـ.
- ابن رشد (٥٩٥هـ) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للامام ابن الوليد محمد بن احمد رشد القرطبي، مكتبة الكليات الازهرية - القاهرة١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ابن فرحون (٧٩٩هـ) - تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الحكام للقاضي برهان الدين ابراهيم بن علي ابي القاسم بن فرحون مصطفى الحلبي ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م.
- الدردير (١٢٠١هـ) - الشرح الكبير على مختصر خليل، لابي البركات احمد بن احمد الدردير ، دار احياء الكتب العربية، مصر ، بدون تاريخ.
- الدسوقي (١٢٣٠هـ) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للعلامة شمس الدين بن عرفه الدسوقي.

٣ - **الفقه الشافعي:**

- الشافعي (٢٠٤هـ) - الام، للامام ابي عبدالله ممد بن ادريس الشافعي، الطبعة الاولى ، المطبعة الاميرية مصر - ١٣٢٢هـ.
- الماوردي (٤٥٠هـ) - الاحكام السلطانية والولايات الدينية للامام ابي الحسن حبيب البصري الماوردي - دار التوفيقية القاهرة ١٩٧٨م.
- النووي (٦٧٦هـ) - روضة الطالبين، للامام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، المكتب الاسلامي - بيروت بدون تاريخ.

- الرملي (١٠٠٤هـ) - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، للعلامة شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، مصطفى الحلبي - مصر - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

٤ - الفقه الحنبلي:

- ابن قدامة (٦٣٠هـ) - المغني على مختصر الخرقي، للعلامة ابي محمد عبدالله بن احمد بن قدامه - مكتبة الكليات الازهرية - مصر بدون تاريخ.
- المقدس (٦٨٢هـ) - الشرح الكبير على متن المقنع ، للامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر بن قدامه المقدسي - دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ابن تيمية (٧٢٨هـ) - مجموعة فتاوى ابن تيمية ، للامام ابي العباس احمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام المعروف بابن تيمية ، دار الفكر العربي، مصر - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ابن القيم (٧٥١هـ) - اعلام الموقعين عن رب العالمين ، للامام شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم دار الجيل - بيروت ١٩٧٣م.
- ابن القيم (٧٥١هـ) - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، للامام ابن القيم - دار الكتب العلمية - بيروت بدون تاريخ.

د - كتب حديثة في الفقه الشرعي:

١ - احمد فتحي بهنسي: المسئولية الجنائية في الفقه الاسلامي - الطبعة الثالثة ١٩٦٩م.
٢ - الدكتور صالح بن غانم السدلان ، النية واثرها في الاحكام الشرعية ، الجزء الاول - مكتبة الخريجي ١٤٠٤هـ.

٣ – عبد القادر عوده ، التشريع الجنـائي الاسـلامي مقارنـا بالقـانون الوضـعي، الجزء الاول الطبعة الثالثة جـ ٢ – دار التراث مصر ١٩٧٧م.

٤ – الدكتور عوض محمد ، دراسات الفقه الجنائي الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٧٧م.

٥ – الشيخ محمد ابو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي – دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٦م.

٦ – الدكتور محمد سلام مدكور ، نظريـة الاباحـة عنـد الاصوليين والفقهـاء ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ١٩٨٤م.

٧ – الدكتور يوسف قاسم ، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنـائي الاسـلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار النهضة العربية – القاهرة سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

٨ – الدكتور يوسف قاسم ، نظرية الفروق في الفقه الجنائي الاسلامي والقـانون الجنائي الوضعي ، دار النهضة العربية ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

هـ – **مراجع قانونية:**

١ – الدكتور احمد عبد العزيـز الالفـي ، شـرح قـانون العقوبـات الليبـي، القسـم العـام المكتب المصـري الحديـث للطباعـة والنشـر ، الطبعـة الاولـى، ١٩٦٩م.

٢ – الدكتور احمد فتحي سرور ،الوسيط فـي قـانون العقوبـات ، القسـم العـام ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢م.

٣ – الدكتـور حسـن صـادق المرصفـاوي، قـانون العقوبـات ، القسـم الخـاص ، منشأة المعارف – الاسكندرية سنة ١٩٧٨م.

– الدكتـور حسـن صـادق المرصفـاوي ، قواعـد المسـئولية الجنائيـة فـي التشـريعات العربيـة ، المنظمـة العربيـة للتربيـة والثقافـة والعلـوم ، معهـد البحوث – الدراسات العربية، ١٩٧٢م.

٤ - السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف بمصر سنة ١٩٦٢م.

٥ - الدكتور السعيد مرسي سويلم، اداء الواجب لسبب لاباحة ، رسالة دكتوراه سنة ١٩٨٩م.

٦ - الدكتور جلال ثروت . نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن. رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٤م.

٧ - الدكتور حسنين ابراهيم عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٣م ، القصد الجنائي الخاص، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨١م.

- النظرية العامة للظروف المخففة، رسالة دكتوراه، القاهرة سنة ١٩٧٠م.

٨ - الدكتور حسني أحمد الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك، الكتاب الاول، قانون قمع التدليس والغش، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٥م.

٩ - الدكتور حسين عامر، التعسف في استعمال الحق ، الطبعة الاولى ١٩٦٠م.

١٠- الدكتورة خلود سامي ال معجون: النظرية العامة للاباحة ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة ١٩٨٤م.

١١- الدكتور سامح السيد جاد، استعمال الحق كسبب من اسباب الاباحة، رسالة دكتوراه جامعة الازهر سنة ١٩٧٩م.

١٢- الدكتور رمسيس بهنام ، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص منشأة المعارف بالاسكندرية ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٩م.

١٣- الدكتور رؤوف عبيد ، مبادىء القسم العام سنة ١٩٧٩م.

جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال - دار الفكر العربي سنة ١٩٧٨م.

١٤- الدكتور عادل عازر: النظرية العامة في ظروف الجريمة طبعة سنة ١٩٦٧م.

١٥- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ المجلد الثاني .

١٦- الدكتور عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، بيروت ١٩٩٧م.

- شرط الظهور في المنكر الموجب للحسنة، مجلة هذه سبيلي المعهد العالي للدعوى الاسلامية بجامعة الامام محمد بن سعود ١٣-١٤.

١٧- الدكتور عبد الاحد جمال الدين، الشرعية الجنائية - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني سنة ١٩٧٤م.

١٨- الدكتور عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، منشأة المعارف ، الاسكندرية سنة ١٩٨٣.

المسئولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٤ مطبعة المدني القاهرة.

١٩- الدكتور عبد الحليم القوني، مبدأ حسن النية واثره في التصرفات، رسالة دكتورة سنة ١٩٩٧م.

٢٠- الدكتور عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، طبعة ١٩٥٧م.

٢١- الدكتور عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب من اسباب الاباحة رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٨م.

٢٢- علي حسن عبدالله الشرفي، الباعث واثره في المسئولية الجنائية، دراسة مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٨٦م.

٢٣- الدكتور عوض محمد، جرائم الاشخاص والاموال، دار النجاح الاسكندرية سنة ١٩٧٢.

2. Bouzat (P) et pinatel (J) : Traite de droit penal et de Criminologie Tom, droit Penale general Paris, 1970.

3. Bouzat (P) Traite Theorique et Pratique de Droit Penale, Libraire, Dalloz, Paris, 1970.

4. Delogue (Trillio) La culpabilite dans la Theorie generale de L'information Alexandrie 1949-1950.

5. Garraud (R) : Precis de droit Criminel, Paris, 1934.

6. Gramatica (F): Criteres de la Prevention des homicides et des Lesions Personnelles Commises Par les Travailleurs sur la personne de leurs employeurs. Rev. Sci. Crim. dro pen, Paris, 1950, No. 1.

7. Zaki Mahmoud Gamal Eddine, J. La pon Foi dans L. L.acquisition des droit en droit Pive etude Compare These 1952.

8. Larguier (J) Droit Penal General et Procedure , Penale, Mement Dalloz 6e ed. 1967.

9. Garcon (Emile) : Gode Penal annote Libraire de la Societe du Recueil, J.B. Sireget du Journal du Parais Ancienne Maison, L'Lorose et Forcel, Paris, 1952.

10. Heuger (Georges) : A propos de la responsabilite Penale, Rev. Sci-Crim. dro, Pen, 1971, No. 1

11. Josser and (Louis) : Les mobiles, dans les actes Juridigues du droit prive, Paris, 1928.

12. Le gros (R): Le mobile de Justice en feveur du prevenue Rev. dro. pen et de Crim.- Pruxelles, 1967, No. 6.

13. Mognol (J): A Chronigue de Jurisprudence Rev. Sci. Crim. dro, pen Paris, No. 1-1940.
14. Marangopoulos (A.Y. eto poules): Les mobiles du delit, Paris, 1973.
15. Merle, (R) et vita (A) : Traite de droit Criminel, Paris. 1967.
16. Merle, (Gean) : Esquisse de la pensee Criminologique dans la Grece antique, Rev. Sci. Crim. dro. pen. Paris 1974. No. 3.
17. Robert (Jacques) : les violateons de la liberte individudle Commises par l'administration, libraire general de droit et de Jurisprudance , Paris 1956.
18. Sieurac (F) : Lalegistime deffense These, Toulouse, 1896.
19. Tainet: La Legitime defense du droit de propriete, These, Paris, 1908.
20. Verhaegen (J) la protection penale Contre les exces de pouvoir et la resistance legitime a L'autarite, these, Braxelles 1969.

باللغة الانجليزية:

1. Bassiouni (M. Cherif) : Criminal law and its processes, U.S.A.
2. Brett (S. Lionel) and Meleon (IAN) the Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria London, 1963.
3. Gard (Rehard) : Introduction to Criminal Law, London, 1980.
4. Cross (Rupert) and Jones (P.A.) . An Introduction to Criminal Law , London, 1949.
5. Geldart (William) : Elements of English Law, London, 1959.
6. Gross (Hgman) : A Theory of criminal Justice, New York.

7. Hall (Jerome), Cases and Reading on Criminal Law and Procedure, 1949.

8. La Fave (Wayner) : Modern Criminal U.A.A. 1979.

9. Ploscowe (M) : An domination of some dispositions relating to motive and character in modern European Penal Godes Journal of American Int. Crim Law and Criminology, 1930 No. XXI.

10. Williams (Glonville) : Textbook of Criminal law, London, 1978.

الفهــرس



تابع الفهرس

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث	
مبدأ حسن النية في القوانين العربية وقانون العقوبات المصري	٥٦
أ - مبدأ حسن النية في القوانين العربية	٥٦
ب - مبدأ حسن النية في قانون العقوبات المصري	٥٦
١ - مبدأ حسن النية في التشريع	٥٧
٢ - مبدأ حسن النية في القضاء	٥٨
٣ - مبدأ حسن النية في الفقه	٥٩
الفصل الثالث	
مبدأ حسن النية في الشريعه الاسلامية	٦٣
تمهيد وتقسيم:	٦٣
المبحث الاول	
مدلول حسن النية في الشريعه الاسلامية	٦٣
اولا: تعريف الحسن	٦٣
ثانيا: تعريف النية	٦٤
المبحث الثاني	
طبيعة حسن النية في الشريعه الاسلامية	٦٥
اولا: حسن النية ذو طبيعة ذاتية	٦٥
ثانيا: حسن النية موقف عمدي	٦٦
ثالثا: ارتباط حسن النية بقواعد الاخلاق	٦٦
رابعا: حسن النية في التصرفات مبدأ خاص بصاحبه	٦٦

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

الموضوع	الصفحة

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

تابع الفهرس

الموضوع	الصفحة

الفصل الثانـــــي

تابع الفهرس

تابع الفهرس

رقم الإيداع
٩٧ / ٩٥٧٠
I.S.B.N. 977 - 04 - 2058 - 1